

BEVISPROVOKASJON OG BEVISA VSKJÆRING

Kandidatnummer: 419

Leveringsfrist: 25.04.2007

(* regelverk for spesialoppgave på:

<http://www.jus.uio.no/studier/regelverk/utf-forskr-vedlegg-i.html>

regelverk for masteroppgave på:

<http://www.jus.uio.no/studier/regelverk/master/eksamensforskrift/kap6.html>)

Til sammen 16 500 ord

24.04.2007

Innholdsfortegnelse

<u>1</u>	<u>INNLEDNING</u>	<u>1</u>
1.1	Problemstilling	1
1.2	Rettslig Avgrensning	2
1.2.1	Ulike former for provokasjon	2
1.2.2	Skillet: etterforskning – forebyggende virksomhet	3
1.2.3	Bruksområdet	4
1.3	Rettskilder	5
<u>2</u>	<u>BEVISPROVOKASJON</u>	<u>7</u>
2.1	Noen utgangspunkter	7
2.1.1	Metoden	7
2.1.2	Er provokasjon et tvangsmiddel?	8
2.2	Vilkårene	9
2.2.1	Innledning	9
2.2.2	Rettslig grunnlag	10
2.2.3	Materielle Vilkår	12
2.2.4	Prosessuelle vilkår	14
2.3	Grensen bevisprovokasjon og alminnelig provokasjon	16
2.4	Bevisprovokasjon og forebyggende virksomhet – ”dobbelt formål”	18
2.5	Rettspraksis fra senere år	19
2.5.1	Rt. 2000 s.1223	19
2.5.2	Rt. 2000 s.1345	22
2.5.3	Rt. 1999 s.1269	23
2.6	Rettsvirkninger av provokasjon	24

2.6.1	Innledning	24
2.6.2	Ulovlig bevisprovokasjon	25
2.6.3	Særskilte rettsvirkninger – frifinnelse	27
2.6.4	Særskilte rettsvirkninger – avvisning	29
2.7	Avsluttende bemerkninger	30
<u>3</u>	<u>BEVISA VSKJÆRING</u>	<u>31</u>
3.1	Noen Utgangspunkter	31
3.1.1	Innledning	31
3.2	Bevisførsel	32
3.2.1	Fri bevisførsel – det klare utgangspunkt	32
3.2.2	Andre sentrale prinsipper for bevisførselen	33
3.3	Begrensninger i den frie bevisførsel – bevisavskjæring	34
3.3.1	Innledning	34
3.3.2	”Absolutte” avskjæringsregler	35
3.3.3	Når retten ”kan” avskjære et bevis	36
3.3.4	Ulovfestet lære om ulovlige ervervede bevis	37
3.4	Avskjæring av bevis sikret gjennom bevisprovokasjon	38
3.4.1	Innledning	38
3.4.2	Ulovlige ervervede bevis	38
3.4.3	Avskjæring på annet grunnlag	45
3.5	Selvinkrimineringsforbudet – særskilt avskjæringsgrunnlag	47
3.5.1	Innledning	47
3.5.2	Forbudet mot selvinkriminering etter straffeprosessloven	48
3.5.3	EMK art. 6 nr.1 og SP art. 14 nr.3 bokstav g	49
3.5.4	Rekkevidden av Rt. 1999 s.1269	50
3.5.5	Praksis fra andre land	55
3.5.6	Noen eksempler fra norsk rett	57
3.6	Avsluttende bemerkninger	58

<u>4</u>	<u>LITTERATURLISTE</u>	<u>59</u>
<u>5</u>	<u>LISTER OVER TABELLER OG FIGURER M V</u>	<u>A</u>

1 Innledning

1.1 Problemstilling

Denne fremstillingen søker å se nærmere på etterforskningsmetoden, bevisprovokasjon. Gjennom først å se på hjemmelsgrunnlaget, så på vilkårene og endelig på rettsvirkningene. Hvor det på rettsvirkningssiden vil bli fokusert særskilt på bevisavskjæring som rettsvirkning. For å kunne danne et helhetlig bilde av bevisprovokasjon på den ene siden, og bevisførselen av slike bevis på den annen, må både det rettslige og det faktiske virkeområdet for metodene belyses nærmere.

Hovedproblemstillingen i fremstillingen blir derfor å se etter hvorvidt politiet opptrer i tråd med de retningslinjer det er ment å følge ved sin bevissikrende etterforskning, og hvilke konsekvenser det eventuelt får for politiets videre straffeforfølgning for retten. Tilslutt vil rettsfølgesiden av bevisprovokasjon, innsnevres til bevisføringsadgangen for retten, av slike bevis.

Denne fremstillingen er i all hovedsak en straffeprosessuell fremstilling. Likevel vil rettsfølgen frifinnelse, som har en viss strafferettslig kontekst, kort behandles, uten å på noen måte innsnevre det straffeprosessuelle fokus som fremstillingen søker å ivareta. Helt til slutt vil siktedes, eller mistenktes, rett til å forbli taus under avhør, og hvorvidt denne rettigheten kan intervenere med politiets bevissikring, bli behandlet særskilt.

1.2 Rettslig Avgrensning

1.2.1 Ulike former for provokasjon

Både rettspraksis og juridisk litteratur gir uttrykk for ulike former for provokasjon. For øvrig så må ikke provokasjon i denne relasjon, som etterforskningsmetode, forveksles med den betydning begrepet har i straffeloven § 228 tredje ledd.

I praksis skiller man mellom ulike typer provokasjon. Dette har gode grunner for seg i forhold til hva politiet kan, og eventuelt bør unngå, å foreta seg ved provokativ etterforskning. Likeledes som det vil være viktig i relasjon til det “to sporete system”, det vil si ansvarsforholdene i politi og påtalemyndighet, se nærmere under punkt 2.2.

De to “provokasjonstyper” som er relevante for denne fremstillingen, er hovedsakelig bevisprovokasjon, men også såkalt *tiltaleprovokasjon*. Med tiltaleprovokasjon siktes det til tilfeller hvor politiet, til en viss grad, aktivt har påvirket gjerningspersonen til å begå en straffbar handling, typisk ved salg av narkotika, og hvor politiet tar ut tiltale for salg. Dette omtales gjerne som “alminnelig provokasjon” og var tilsiktet lovregulert i det arbeidet som politimetodeutvalget foretok i 2004.¹ Et sentralt aspekt ved tiltaleprovokasjon, er at politiet kommer i tid forut for når den straffbare handling finner sted. Men hvor denne straffbare handling *de facto* er den samme, som politiet tar ut tiltale for. Således skiller tiltaleprovokasjon seg fra bevisprovokasjon. Noe som tilsier en tilsvarende varsomhet fra politiet med tanke på grunnvilkåret for provokativ etterforskning, se nedenfor i punkt 2.2.

Begrepet “salgsprovokasjon” går også igjen. Vi kaller det salgsprovokasjon når politiet forholder seg mer eller mindre *passivt* i forhold til salg av narkotika – politiet aksepterer et tilbud om kjøp av narkotika. Her ligger initiativet klart hos den personen som tilbyr narkotika til politiet. I enkelte tilfeller blir salgsprovokasjon brukt som betegnelse på en lovlig, og vellykket, bevisprovokasjon, det vil si ”salgssiden” av en bevisprovokasjon. Med andre ord, hvor politiet, passivt, aksepterer et tilbud om kjøp av narkotika. Politiets atferd

¹ NOU 2004:6 Politimetoder i forebyggende øyemed.

vil som regel i slike tilfeller opptre i tråd med “grunnvilkåret”(se nærmere under punkt 2.2.2). Salgsprovokasjon, i seg selv, er uansett en passiv metode og faller således utenfor fremstillingen.

Fremstillingens siktemål er dermed når politiet operer i etterforskningsøyemed. Likevel kommer ikke fremstillingen helt utenom alminnelig provokasjon. Og vil av de grunner bli behandlet når det er relevant for å se helheten av provokativ politietterforskning.

1.2.2 Skillet: etterforskning – forebyggende virksomhet

Forebyggende virksomhet ligger i tid før en straffbar handling blir begått. Politiet kan følgelig ikke påberope seg straffeprosessloven § 224 og sette i gang etterforskning. Politiet er således utenfor påtalesporet. Riktignok er det gjerne som ledd i en etterforskning, at politiet blir seg bekjent med straffbare forhold og således får ”rimelig grunn” grunn til å etterforske forholdet videre. En slik rimelig grunn må i alle høve foreligge for politiet. På grunn av forskjell i tid, før og etter en straffbar handling, får uansett aldri forebyggende virksomhet forblitt etterforskning– politiet kan ikke forhindre en allerede begått straffbar handling fra å skje. Dette til tross, vil forskjellen mellom etterforskning og forebyggende virksomhet, i realiteten, kun ha noe å si for hjemmelsgrunnlaget og hvor ansvaret til enhver tid ligger. Et eksempel på at skillet nå kan ha blitt ”hvasket” litt ut, er lovendringen i 2005 av straffeprosessloven § 226 c, som nå sier at det å avverge eller stanse straffbare handlinger, også skal regnes som ett av formålene bak etterforskning.

1.2.3 Bruksområdet

I Rt. 1984 s.1076, som var den første sentrale avgjørelsen vedrørende etterforskning med provokasjonstilsnitt, poengterte Høyesterett at metoden kun er forbeholdt de alvorligste lovovertrედelsene. En linje som følges opp utover 1990-tallet, hvor Høyesterett i Rt. 1993 s. 473(Piratdrosjedommen) bl.a. sier at man ikke utelukkende skal se på strafferammen, men også den samfunnsmessige betydningen det har å bekjempe denne form for kriminalitet. 1984 – avgjørelsen omhandlet narkotika og var første viktige narkotikadom av flere. Hvilket bekrefter at det er narkotikakriminalitet som uten tvil er den mest sentrale kriminalitetstypen tilknyttet provokasjon.

Ulovlig salg av våpen er også nevnt som et eksempel i riksadvokatens rundskriv.² Likeledes vil spredning av barnepornografi på internett, være en kriminalitetstype som kan være ønskelig å bekjempe med provokasjon. Så lenge kriminaliteten kan anses som et *“samfunnsonde på grunn av omfang eller karakter, bør metoden kunne brukes.”* I Skrik – saken, Rt. 1998 s.407, benyttet politiet provokasjonslignende etterforskningsmetoder bl.a. for å få tilbake det verdenskjente maleriet. Noe som viser at også vinningsforbrytelser kan representere en tilstrekkelig alvorlig kriminalitetstype og samfunnsonde for øvrig.

I den såkalte Verksbetjentsdommen inntatt i Rt. 1999 s.1269, benyttet politiet riktignok skjult lydopptak i en samtale med mistenkte under falsk identitet. Og hvor det å få mistenkte til å tilstå representerte det bevis politiet ønsket å sikre. Til tross for forskjeller i faktum og fremgangsmåte, må aksjonen like fullt regnes som en (bevis)provokasjon.

² Riksadvokaten, *Vederlag til politiets kilder og provokasjon som etterforskningsmetode*, rundskriv nr. 2 2000.

1.3 Rettskilder

Provokasjon i etterforskningsøyemed ble først problematisert av tidligere riksadvokat Dorenfeldt.³ De retningslinjer som riksadvokaten her ga uttrykk for, ble så grundig gjennomgått i den første sentrale dommen om provokasjon som etterforskningsmiddel i narkotikakriminalitet, i Rt. 1984 s.1076.

Provokasjon som etterforskningsmetode var oppe i rettspraksis ved flere anledninger etter 1984 – avgjørelsen, og har vært foreslått lovfestet. Spesielt Metodeutvalget⁴ behandlet spørsmål om lovfesting grundig. Provokasjon ble imidlertid ikke lovfestet da det ble foretatt endringer i straffeprosessloven i 1999.

Året etter, i 2000, utferdiget riksadvokaten et rundskriv med retningslinjer for politi og påtalemyndighet. Dette rundskrivet gjaldt kun for provokasjon i *etterforskningsøyemed*, hvilket gjorde at provokasjon som nevnt *forebyggende metode* ble foreslått lovfestet i 2004. Domstolene er for øvrig ikke bundet av riksadvokatens rundskriv, men har likevel funnet det retningsgivende, se Rt. 2000 s.1223.

I tråd med den alminnelige rettskildelære, må det foretas en avveining av de ulike rettskildene når vi, som rettsanvendere, skal tolke rettsregler.⁵ Hvor formell lov som regel representerer den mest tungtveiende rettskilde. I relasjon til provokasjon, må rettsanvenderen imidlertid forholde seg til rettskilder av lavere vekt, da metoden verken er regulert i formell lov eller i forskrift. Riksadvokatens rundskriv er for øvrig det nærmeste man kommer en lovregulering av provokasjon i etterforskningsøyemed.

At provokasjon således er ulovfestet rett gjør rettspraksis ekstra viktig. Likeledes som rettens rolle, som rettsskapende organ, blir viktig.

Dette gjelder også i forhold til bevisførsel og bevisavskjæring; hvor grensene går i forhold til å tillate eller å avskjære et konkret bevis, vil det være retten som til syvende og

³ Dorenfeldt, Lov og Rett 1978 nr. 7 side 291 flg.

⁴ NOU 1997:15.

⁵ Eckhoff/Helgesen, Rettskildelære kap. 1 IV side 22-27.

sist vil måtte avgjøre. Gjennom å foreta en avveining av de mest tungtveiende hensyn som til enhver tid gjør seg gjeldende.

Videre vil både internasjonal rett, og praksis, kunne spille inn på hvordan vi i Norge skal forholde oss til spørsmålet om provokasjonslignende etterforskningsmetoder. I så måte har spesielt dansk rett vært et sentralt sammenligningsgrunnlag, da Danmark lovfestet provokasjon på slutten av 1990 – tallet, riktignok med blandet hell.

Like fullt vil naturligvis både lovgiver og norske myndigheter være nødt til å respektere de konvensjoner som Norge er bundet av etter folkeretten, da særlig EMK. Praksis fra EMD vil slik sett kunne komme til å være sentral med hensyn til hvor grensene bør gå etter vår nasjonale rett. Praksis fra EMD, og andre land, kan for øvrig tenkes å være veiledende for hvor langt domstolene er villig til å gå i å tillate provokasjonsbevis, som står i fare for å bli avskåret.

2 Bevisprovokasjon

2.1 Noen utgangspunkter

2.1.1 Metoden

Med utgangspunkt i straffeprosessloven § 224, kan politiet sette i verk etterforskning når det er rimelig grunn til å undersøke om det foreligger noe straffbart. Paragraf 224 hjemler selve etterforskningen, mens selve etterforskningsmetodene ofte er uhjemlet. Riktignok er for eksempel ransaking hjemlet i straffeprosessloven kapittel 15. Allikevel så er de fleste tradisjonelle, etterforskningsmetoder som politiet benytter, forankret i politiets alminnelige handlefrihet– det som er lov for deg og meg, er også lovlig for politiet.

Bevisprovokasjon skiller seg fra annen tradisjonell etterforskning, gjennom at politiet som regel utnytter en villfarelse hos mistenkte, ved hjelp av falsk identitet eller en medhjelper, til å påvirke mistenkte til å begå en ny straffbar handling. Den nye straffbare handling har så til formål å avdekke *allerede begåtte* straffbare handlinger. Slik etterforskning er således ”utradisjonell” og trenger særskilt hjemmel, se nedenfor i punkt 2.2.

Formålet bak bevisprovokasjon, er å sikre bevis mot mistenkte og er derfor i tråd med det generelle formålet bak all etterforskning, jfr. strpl. § 226 første ledd a. Noe som igjen taler for å hevde at sannsynlighetskravet, for å iverksette en bevisprovokasjon, nok ikke vil være strengere enn kravet om ”rimelig grunn”, jfr. § 224.

Metoden er spesielt praktisk i narkotikasaker, da straffeloven § 162 har alternative straffbarhetsvilkår for innføring, oppbevaring og salg av narkotika. Narkotikakriminalitet er ikke bare den mest omfattende kriminaliteten etter dagens trusselbilde, men er samtidig en “offerløs” kriminalitet. Hvilket betyr at brukerne, ofrene, sjelden eller aldri anmelder et salg eller kjøp, da de i overført betydning, står i et avhengighetsforhold til langerne. Under slike forhold blir det ekstra vanskelig for politiet å skaffe bevis, ja i det hele tatt, å ha et tilstrekkelig grunnlag for å starte en etterforskning. Følgelig er bevisprovokasjon en effektiv og hensiktsmessig metode for politiet til å oppklare narkotikakriminalitet, ikke bare for å oppklare en enkeltstående narkotikaforbrytelse, men også for å avsløre bakmenn og så å kunne rulle opp et omfattende kriminelt nettverk.

Rettspraksis gir i tillegg prov på at bevisprovokasjon også kan være praktisk ved annen kriminalitet enn narkotika, se foran i punkt 1.2.

2.1.2 Er provokasjon et tvangsmiddel?

Hvorvidt provokasjon er et tvangsmiddel reises i litteraturen.⁶ I den forbindelse siteres Gammeltoft – Hansen og dennes definisjon av et tvangsmiddel.⁷ Definisjonen er neppe uttømmende, men belyser likevel noen interessante momenter. Det ene er at middelet må benyttes som et ledd i en straffeforfølgning, noe som regel vil være tilfelle ved all etterforskning.

⁶ Andorsen, JV 2001 side 1-27(3-5).

⁷ Gammeltoft – Hansen, TfR 1984 side 89-131(99-100): ”En foranstaltning, der efter sit almindelige formål udføres som led i en straffeforfølgning, og hvorved der realiseres en strafbar gerningsbeskrivelse rettet mod legeme, frihed, ære eller privat ejendomsret”.

Det andre momentet som er av interesse, er at det i en sådan straffeforfølgning realiseres en ellers straffbar handling, for eksempel overdragelse av narkotika, jfr. strl. § 162.

Et slikt middel må endelig være rettet mot legeme, frihet, fred, ære eller privat eiendomsrett, for å komme inn under definisjonen. Både mistenktes fred og private eiendomsrett kan tenkes å rammes av en bevisprovokasjon. Selv om alminnelig provokasjon nok vil være mer krenkende og inngripende ovenfor mistenkte. Uten å gå nærmere inn i hvert enkelt vilkår, så taler uansett gode grunner for å kalle provokasjon for et tvangsmiddel, i alle fall etter følgende definisjon.

Spørsmålet om hvorvidt provokasjon er et tvangsmiddel har kanskje størst interesse i forhold til proporsjonalitetsprinsippet i straffeprosessen, jfr. strpl. § 170a, se nedenfor punkt 2.2.3. Hvorvidt provokasjon er et tvangsmiddel vil for øvrig være av interesse i forhold til om metoden bør lovfestes og de problemstillinger som her kan reises i forhold til legalitetsprinsippet. Dette har imidlertid blitt forsøkt regulert i de prosessuelle vilkårene for metoden, se nærmere i punkt 2.2.4.

2.2 Vilåarene

2.2.1 Innledning

Hovedformålet i dette kapitelet er å gi oversikt over hjemmelsgrunnlag og på hvilke vilkår politiet kan foreta etterforskning med provokasjonstilsnitt. Riksadvokatens rundskriv vil i

så måte være retningsgivende. Dette er også i samsvar med den rettslige avgrensningen i punkt 1.2.

I tillegg må ansvarsforholdene innad i politiet tas under nærmere åsyn. Hvilket er sentralt i forhold til å forstå de eventuelle rettsfølger, som saksbehandlingsfeil eller feil beslutningsnivå, kan komme til å få for politiet og den videre straffeforfølgning for retten.

2.2.2 Rettslig grunnlag

2.2.2.1 Politiet

Politiets arbeid har ulike formål. Det kan være å forebygge kriminalitet og andre krenkelser av den offentlige ro og orden, jfr. politil. § 2 nr.2. Likeledes skal politiet *avdekke* og stanse kriminell virksomhet, herunder å *avdekke kriminelle forhold i samsvar med lov*, jfr. § 2 nr.3. Med etterforskning for øyet, vil formålet oppramset i § 2 nr.3 være det mest relevante.

Med politiet forstås på den ene siden det alminnelige politiet, og på den annen side, politiets sikkerhetstjeneste, jfr. politil. §§ 17a flg. Politiets sikkerhetstjeneste har særskilte oppgaver som bl.a. er opplistet i politiloven § 17b. Sondringen mellom politiet og politiets sikkerhetstjeneste er mest tydelig i forholdet etterforskning og forebyggende virksomhet. Hvor politiets sikkerhetstjeneste hører direkte under justisministeren i forebyggende virksomhet, vil det høre under påtalemyndigheten i etterforskningssaker.

Det alminnelige politiet er på sin side underordnet påtalemyndigheten i etterforskningssaker, men er underordnet justisministeren via politidirektøren, og så politimesteren, i forebyggende virksomhet eller annen virksomhet som ikke er å anse som etterforskning. Hvem loven regner som påtalemyndighet reguleres i strpl. § 55.

Disse to ”sporene” viser inndelingen av ansvarsforholdene i politiet og går under navnet ”det to sporete system”. Hvor det ene sporet er en ansvarslinje trukket ned fra justisministeren på toppen, under ham politidirektøren og så, eventuelt, politimesteren under denne. Her befinner som nevnt politiets sikkerhetstjeneste seg i forebyggende– eller annen virksomhet.

Det andre sporet er påtalemyndigheten, eller ”påtalesporet”, med riksadvokaten på toppen, under ham statsadvokatene, så politimesteren og så videre i tråd med oppramsingene i § 55. Et godt eksempel på det to sporete system i praksis, er det forhold at riksadvokatens rundskriv, vedrørende provokasjonslignende etterforskningstiltak, kun er bindende for politi og påtalemyndighet. Forholdene er likevel ikke alltid så ”vertikale”. Hvilket avhenger av om politiet befatter seg med etterforskning eller annen virksomhet. I praksis må det nødvendigvis foregå et visst samarbeid mellom de to spor.

2.2.2.2 Politiets hjemmelsgrunnlag for bevisprovokasjon

Det rettslige grunnlaget politiet har for å gjennomføre en bevisprovokasjon, er i all hovedsak nedfelt i riksadvokatens rundskriv. Dette rundskrivet er gjenstand for en slags ”kodifisering” av rettstilstanden angående provokasjon som etterforskningsmetode. Riktignok er rundskrivet ment å være retningslinjer for påtalemyndigheten, men vil nok i tillegg legge visse føringer for hvor grensene går for alminnelig provokasjon.

Den klare hovedregel er som nevnt at rundskrivet kun gjelder for politi og påtalemyndighet, og er således ikke bindende for domstolene. Høyesterett benytter likevel rundskrivet som retningslinje i sine vurderinger, se foran i punkt 1.3.

2.2.3 Materielle Vilkår

Det klare utgangspunkt for all etterforskning med provokasjonstilsnitt, og for at slik etterforskning skal kunne lede til domfellelse av tiltalte, er at etterforskningen er i tråd med det såkalte "grunnvilkåret". Grunnvilkåret ble for første gang behandlet av Høyesterett i Rt. 1984 s.1076. Grunnvilkåret sier at politiets påvirkning av hendelsesforløpet, gjennom sin provokasjonshandling, *ikke må være foranledning til en straffbar handling som ellers ikke ville blitt begått*. Likevel er det godtatt at politiet er årsak til visse endringer i tid, sted og utførelse. Hvor grensene går mer konkret, har blitt overlatt til rettspraksis å avgjøre.

Riksadvokaten nøyer seg med å understreke viktigheten av to forhold: *hvem tar initiativet* til handlingen, og eksisterer det *et marked* for den straffbare handling. Disse to forhold kan klassifiseres som "undervilkår" av grunnvilkåret.

Forutsetningen er at initiativet skal ligge hos den personen politiet har under mistanke og ønsker å sikre bevis imot. Ligger initiativet hos politiet, peker det i retning av at grunnvilkåret ikke er oppfylt. Rettspraksis antar at så lenge det er usikkerhet rundt hvor initiativet lå ved aksjonen, skal dette tale til tiltaltes fordel. Finner retten det bevist at politiets mulige bidrag må anses så vidt fjernt og indirekte, at handlingen ikke kan sies å ha vært initiert av politiet, vil imidlertid grunnvilkåret være oppfylt, jfr. Rt. 1984 s.1076. Å ta initiativet vil si at noen utviser en vilje til å få noe gjennomført. Sett sammen med provokasjon må gjerningsmannen her ha utvist en slik vilje *uavhengig* av politiet, skal han alene ha vært "årsaken" til forbrytelsen.

Vilkåret om at det må være på det rene at siktede tar initiativet til den straffbare handling, kan begrunnes i hensynet til at politiet ikke skal kriminalisere den som provokasjonen er tilsiktet brukt imot. Hvilket må ses i sammenheng med politiets formålmessige oppgaver i henhold til politiloven § 2.

Likeledes ville det stride mot alminnelige straffeprosessuelle prinsipper, samt den allmenne rettsfølelse, hvis politiet kunne ta initiativet til en straffbar handling og likevel ta ut tiltale i mistenktes disfavør. I riksadvokatens rundskriv står det for øvrig at brudd med

grunnvilkåret skal føre til frifinnelse av tiltalte. Også i rettspraksis har dette blitt antatt, jfr. Rt. 1992 s.1088.

Vilkåret om at det må foreligge et “marked” for den straffbare handling, ble formulert av Høyesterett i Skrik – saken, Rt. 1998 s.407. Her konstruerte politiets medhjelpere det eneste markedet, eller interessen, i å kjøpe de stjålne maleriene.

Vilkåret om at et marked må foreligge, vil som regel være oppfylt i narkotikasaker, hvor selve “markedet” til enhver tid eksisterer uavhengig av politiets mulige inntreden; interessen i å selge narkotika vil foreligge uansett. Tanken er her at hadde ikke politiet grepet inn på tidspunkt A, ville narkotikaen, med stor sannsynlighet, likevel blitt solgt på tidspunkt B. Også andre illegale markeder, typisk smuglervirksomhet i en eller annen form, vil tilfredsstille vilkåret om at det må foreligge et marked. Påtalemyndigheten må her foreta konkrete vurderinger i forhold til hvor alvorlig lovovertrедelsen(e) anses for å være. Slike vurderinger vil retten kunne overprøve, i lys av straffeprosessloven § 170a om forholdsmessighet.

Et “marked” bør videre kunne tolkes nokså vidt. Det siktes til et kriminelt marked og da gjerne “lukkede” markeder. I alle høve må et marked avgrenses mot “politiskapte” markeder, slik som tilfellet var i Skrik – saken. I en slik avgrensning ligger nok derfor at markedet må fremstå som ”reelt.”

Et siste vilkår for provokasjon er at metoden utelukkende benyttes ved alvorlig kriminalitet. I vurderingen av hva som er alvorlig kriminalitet, vil ikke kun strafferammen være avgjørende, men også hvilket onde kriminalitetstypen anses å være for samfunnet for øvrig. Et godt eksempel på at det stilles krav til kriminalitetens alvorlighet, er den såkalte Piratdrosjedommen(Rt. 1993 s.473). Her ble ikke piratdrosjevirkosmhet ansett, av Høyesterett, å representere en tilstrekkelig alvorlig kriminalitetstype til at provokasjon kunne anes å være forholdsmessig. Et slikt resonnement må anses å være i tråd med strpl. § 170a.

§ 170a, eller proporsjonalitetsprinsippet, taler om når det er legitimt for politi og påtalemyndighet å ta i bruk et tvangsmiddel, typisk som ledd i en etterforskning. Som nevnt under punkt 2.1.2, er det mye som taler for at provokasjon må anses som et slikt tvangsmiddel, og at politiprovokasjon derfor befinner seg i kjernen av

proporsjonalitetsprinsippet. Inngrepet, dvs. provokasjonen, må således ikke fremstå som uforholdsmessig i forhold til sakens art og forholdene for øvrig. En slik forholdsmessighetsvurdering kan tenkes å være mest aktuell i forhold til alminnelig provokasjon. Her kan det hevdes at politiets integritetskrenkelse vil være mer inngripende enn i tilfeller av bevisprovokasjon. Uansett kan man nok med stor sannsynlighet si at de hensyn som proporsjonalitetsprinsippet er ment å verne, er innlemmet i de retningslinjer som følger av riksadvokatens rundskriv, jfr. det prosessuelle vilkår om at provokasjon skal være et sekundært etterforskningsmiddel, se neste punkt.

I alle høve viser rettspraksis at det skal mindre til før grunnvilkåret er oppfylt ved bevisprovokasjon. Helt uproblematisk er dette likevel ikke hvis det går lang tid mellom provokasjonshandlingen og fremskaffelsen av beviset. Fordi skal en bevisprovokasjon være lovlig, vil en viktig forutsetning være at de bevis politiet ønsker å skaffe, for eksempel ulovlige skytevåpen, allerede har blitt ervervet av mistenkte. Her er det viktig at politiet til enhver tid har kontroll over begivenhetene i tråd med de prosessuelle vilkårene for provokasjon, se neste punkt.

2.2.4 Prosessuelle vilkår

I tråd med riksadvokatens føringer, oppstilles tre prosessuelle begrensninger for provokasjon: provokasjon skal være en *sekundær etterforskningsmetode*, metoden må ikke være *uforenlig med prosessuelle grunnprinsipper eller regler*, og metoden må gjennomføres *under nødvendig kontroll* vedtatt av *kompetent beslutningsnivå* i påtalemyndigheten.

I sekundær etterforskningsmetode ligger, at det er ønskelig at politiet *kun* bruker provokasjon hvor tradisjonelle etterforskningsmetoder ikke vil være tilstrekkelige. Sammenholdt med vilkåret om alvorlig kriminalitet, er det kun ved et fåtall kriminalitetstyper hvor provokasjon kan anses å være rettmessig, jfr. strpl. § 170a. Er

imidlertid dette vilkåret oppfylt, ligger det ikke noe krav om at politiet må ha prøvd ut andre etterforskningsmetoder først. Et slikt krav ville nok ha vært for strengt og gitt politiet klare ulemper i kampen mot alvorlig kriminalitet. Riksadvokaten nevner som eksempel at ved spredning av barnepornografi på internett, vil det være klart fra starten av at tradisjonelle etterforskningsmetoder ikke vil strekke til, slik at det vil være mer hensiktsmessig å bruke provokasjon som en primær metode. Her er i tillegg kriminalitetstypen av meget alvorlig art, samtidig som det vil være meget ønskelig, fra et samfunnsperspektiv, å få oppklart slik kriminalitet. Følgelig vil det være færre betenkeligheter ved å bruke provokasjon som primærmetode, noe som også vil være i tråd med proporsjonalitetsprinsippet.

At metoden ikke må være i strid med prosessuelle grunnprinsipper, kom særlig på spissen i Rt. 1999 s.1269. Aksjonen politiet benyttet i denne saken var en bevisprovokasjon hvor de ønsket å sikre bevis gjennom skjult lydopptak. Omstendighetene rundt lydopptaket, og den senere bruken av det som bevis, ble ansett for å være i strid mot retten til å forbli taus, jfr. strpl. § 232. Dette stiller ytterligere krav til politiets etterforskningsmetoder.

Det siste vilkåret er knyttet til beslutningsnivå, altså, et krav til rett kompetanse i påtalemyndigheten. I tråd med de gitte instruksjer, ligger beslutningskompetansen hos statsadvokaten i det respektive distrikt. Om slik tillatelse skal søkes innhentet fra statsadvokaten, er det politimesteren eller visepolitimesteren som skal ta stilling til. I politimesterens fravær vil hans eller hennes faste stedsfortreder kunne gis slik anmodningsmyndighet.

Politimesteren kan videre med førstestatsadvokatens samtykke bestemme at også andre av påtalemyndighetens tjenestemenn kan fremme anmodning om provokasjon. Hvilken betydning det å innhente samtykke fra statsadvokaten kan ha, i en konkret sak, var nylig oppe i Høyesterett(HR-2007-00328-A). Her begrenser førstvoterende betydningen av at samtykke fra statsadvokaten må foreligge på tidspunktet for politiets aksjon, hvis aksjonen er lovlig for øvrig.

I alle høve trengs ikke lengre samtykke fra riksadvokaten for å iverksette etterforskning med provokasjonslignende tiltak.

Endelig oppstilles et tilleggsvilkår om at politiet skal utarbeide en plan over den provokasjonslignende aksjonen. Dette vil øke den kontrollen med hendelsesforløpet, som det forventes at politiet skal ha. Likeledes vil politiet lettere kunne dokumentere hva det har gjort; det skapes notoritet rundt forholdene. Hvilket vil være helt avgjørende for at siktede skal kunne få gjennomført sitt forsvar på en adekvat måte, jfr. EMK art. 6 nr.2 b.

2.3 Grensen bevisprovokasjon og alminnelig provokasjon

Med bevisprovokasjon som utgangspunkt, har den straffbare handling allerede blitt begått. Politiet tar gjerne så og fremprovoserer et salg, som i seg selv innebærer en ny straffbar handling, jfr. ”overdragelse” strl. § 162. I slike tilfeller vil den siden av aksjonen, som retter seg mot bevissikringen, være en bevisprovokasjon. Den andre siden av aksjonen, det vil si salgssituasjonen, er imidlertid en fremprovosert handling med klare likhetstrekk til alminnelig provokasjon, da salgssituasjonen intenderes av politiet og ville ikke ha forekommet uten politiets påvirkning.

Så lenge formålet bak provokasjonen er å sikre bevis for en begått straffbar handling, vil betenkelighetene rundt at politiet fremprovoserer et salg, være mindre. Kriminaliseringshensynet vil ikke da gjøre seg gjeldende med like stor styrke. Politiet skal i tilfeller av bevisprovokasjon heller ikke, under noen omstendighet, ta ut tiltale for salgssiden av etterforskningen.

Et vilkår må likevel være at politiet heller ikke påvirker tiltaltes initiativ angående ervervet av narkotika, eller at det kan reises tvil om politiets rolle i forhold til dette, jfr. tilfellet i Rt. 2000 s.1223.

Grensedragningen mellom bevisprovokasjon og alminnelig provokasjon har vært nevnt i juridisk litteratur⁸, samt i utredning om lovfesting av forebyggende politimetoder. Det påpekes at den salgssituasjonen som politiet her iscenesetter faller utenfor hva som regnes som bevisprovokasjon, og må følgelig karakteriseres som en alminnelig provokasjon. Og bekrefter således det allerede nevnte.

Allikevel må det belyses, det problem som oppstår for politiet, når det ikke klarer å bevise at mistenkte var i besittelse av narkotika på tidspunktet for politiets aksjon. Her går nemlig politiets aksjon fra å være en bevisprovokasjon til å bli en alminnelig provokasjon. Forskjellen er imidlertid at i slike tilfeller er det ervervet og besittelsen politiet kan ha risikert å ha påvirket, ikke salget. Politiet vil da ikke lenger finne seg i en situasjon hvor det sikrer bevis for begått kriminalitet, men i en situasjon hvor det påvirker kriminalitet. Mindretallet i Rt. 2000 s.1223 mente at dette var tilfelle. Altså, at politiet påvirket den forbrytelse som bevissikringsaksjonen, de facto, var ment å skaffe bevis for. Sondringen mellom bevisprovokasjon og alminnelig provokasjon, gir da plutselig ikke et så godt grunnlag for å trekke slutninger angående lovligheten av metoden.

Likevel er formålene bak en bevisprovokasjon og en alminnelig provokasjon vidt forskjellige. Alminnelig provokasjon har også til formål å sikre bevis(for salg av narkotika), men vil tidspunktmessig komme *forut* for den straffbare handling, og vil således befinne seg *”i en slags mellomstilling i forhold til etterforskning og forebygging”*.⁹ Risikoen for at politiet kriminaliserer, og dermed skaper kriminalitet, er derfor betydelig større ved alminnelig provokasjon, sammenlignet med bevisprovokasjonstilfellene. Likevel sier Høyesterett i Rt. 1999 s.1269(1271) at en bevisprovokasjon kan fremstå som så vidt forskjellig, og være av så forskjellig karakter, at det vil være vanskelig å trekke opp felles retningslinjer for når det kan aksepteres som et lovlig etterforskningsskritt. I alle høve vil grunnvilkåret, langt på vei, forhindre et slikt ”kriminaliserende politi”.

Som en oppsummerende formulering, kan det sies at like fullt som at initiativet må ligge hos selgeren ved en alminnelig provokasjon, må det like fullt ligge hos selgeren i forhold til erverv og besittelse av narkotika. Det er således ingen ”garanti” for at politiet

⁸ Hopsnes, JV 2003 side 128.

⁹ NOU 2004:6 side 198

opererer i tråd med grunnvilkåret bare fordi den kriminalitet det etterforskes for, allerede er begått. Hvilket henger sammen med de krav som stilles til at politiet har tilstrekkelig kontroll med etterforskningen, og hendelsesforløpet for øvrig, ved provokative etterforskningstiltak.

2.4 Bevisprovokasjon og forebyggende virksomhet – ”dobbelte formål”

Det forekommer ofte tilfeller hvor politiet har et ”dobbelte formål” bak etterforskningen. Det ene formålet vil i etterforskningsøyemed være å sikre bevis, altså, en ren bevissikrende provokasjon. Samtidig vil politiet, vedrørende samme forhold, gjerne ha til hensikt å forebygge at ny kriminalitet finner sted. Med å forebygge menes det samme som å forhindre noe. Slik at med dobbelte formål menes på den ene side, en avdekkende eller oppklarende hensikt, og på den annen, en avvergende hensikt– én side rettet mot etterforskning og den annen mot forebyggende virksomhet.

I realiteten er nok denne sonderingen ikke av så veldig stor betydning. Det ligger i dagen at politiet også vil ha et avvergende formål bak de fleste bevisprovokative aksjoner som gjennomføres– eksempelvis interessen i å få forhindret at narkotikaen distribueres ut i samfunnet. Likevel vil skillet ha en rettslig interesse, så vel som en formell interesse. Da den forebyggende siden av virksomheten tross alt vil være å anse som forebyggende virksomhet, hvor ansvarsforholdene er forskjellig fra etterforskning, se foran i punkt 2.2.2.1.

Samtidig er det antatt i både rettspraksis og forarbeider, at betenkelighetene er færre ved provokasjon som avvergende og reddende middel, enn ved alminnelig provokasjon. Her vil politiet under ingen omstendighet kriminalisere den personen(e) en sådan aksjon vil komme til å ramme.

Videre bør politiet tillegges en viss *fleksibilitet* i tilfeller hvor politiet har avslørt at noe kriminelt har funnet sted, og hvor gjentakelsesfaren er stor. Et typisk eksempel vil være hyppig påsatte branner over et kort tidsrom. Her vil politiets hensikt dels være å få avslørt ildspåsetteren, og dels få forhindret at nye branner finner sted. Slike situasjoner omtales gjerne som en fortsatt forbrytelse. Grensene for fortsatt forbrytelse, med etterforskning på den ene side, og etterretning av fremtidige forbrytelser på den andre, kan være vanskelig å trekke, uten å bli behandlet nærmere her. Jeg minner for øvrig om lovendringen av straffeprosessloven § 226 bokstav c, se foran 1.2.2.

2.5 Rettspraksis fra senere år

2.5.1 Rt. 2000 s.1223

Provokasjon har vært oppe i Høyesterett ved flere anledninger. I relasjon til bevisprovokasjon er Rt. 2000 s.1223 viktig. Formålet bak å gjennomgå dommene i denne relasjon er for øvrig å få illustrert bevisprovokasjon som metode.

Forholdet var at en narkotikamisbruker, i dommen kalt C, tipset politiet om at A hadde tilbudt henne heroin. Med bakgrunn i tipset, planla politiet en bevisprovokasjonsaksjon mot A for ervervelse og oppbevaring av heroin, jfr. strl. § 162. Planen var videre at C skulle bistå politiet i å fremprovosere en salgssituasjon, med henne selv som kjøper. C mottok så en pakke med heroin fra A, som hun umiddelbart overga til politiet. Pengene skulle C overlevere senere på dagen. Da C så møtte A for å overlevere pengene, leverte hun i stedet pakken(riktignok en fiktiv pakke inneholdende gips) tilbake, samtidig som hun nå uttrykte

at hun ønsket å trekke seg fra avtalen. A, og mellommannen B, ble samtidig pågrepet av politiet.

For Høyesterett var det to spørsmål som var sentrale; om provokasjonen var lovlig, og om politiets bruk av C medførte feil i saksbehandlingen. Resultatet ble frifinnelse, men det var dissens om grunnlaget. Mindretallet, representert ved dommer Tjomsland, uttrykte skepsis til politiets rolle, spesielt i forhold til hvor initiativet lå vedrørende ervervet av heroinet, og konkluderte med å oppheve domfellelsen i lagmannsretten. Frifinnelsen ble for øvrig av flertallet begrunnet i ”alvorlige mangler” ved etterforskningen.

Utgangspunktet for førstvoterendes resonnement, som representerte flertallet, var om “grunnvilkåret” var oppfylt. Her henviste han bl.a. til riksadvokatens rundskriv og knyttet dette opp mot grunnvilkåret. Lagmannsrettens rettsbelæring fant det bevist at tiltalte hadde anskaffet stoffet på eget initiativ, uten å ha blitt påvirket av politiet, noe førstvoterende sluttet seg til. Således var det første undervilkår oppfylt. Rettsbelæringen gikk derimot ikke nærmere inn på om ervervelsen av stoffet fant sted, før eller etter, at C hadde akseptert As tilbud om kjøp.

Om selve avtaletidspunktet, og dets betydning i for bevisprovokasjonens lovliggheit, stilte førstvoterende seg tvilende om et eventuelt etterfølgende erverv i seg selv kunne gjøre provokasjonen ulovlig. Han antok at det var vanlig at mellommenn søkte å begrense tidsrommet for oppbevaringen av stoffet, og skulle faktisk besittelse av narkotika på tidspunktet for politiets aksjon være et krav for provokasjonens lovliggheit, ville provokasjon som etterforskningsmetode få liten betydning. Vilkåret om at det må foreligge et marked var for øvrig greit, da det ved narkotikakriminalitet alltid vil eksistere et marked.

Endelig konkluderte førstvoterende med at provokasjonen ikke var ulovlig, selv om heroinet nok ble anskaffet etter at avtalen med C var kommet i stand. Han sier bl.a. *“det må kunne dømmes for erverv og oppbevaring, selv om disse forhold har funnet sted med sikte på oppfyllelsen av avtalen”*, noe han mente å finne støtte for i Rt. 1984 s.1076. Hvorvidt selve provokasjonen var en bevisprovokasjon, stilte han seg for øvrig tvilende til.

Mindretallet angrep lagmannsrettens rettsbelæring og konstaterte at den var i strid med grunnvilkåret. Rettsbelæringen ga etter hans mening, uttrykk for at de tiltalte kunne domfelles selv om det var politiets informant som forårsaket de tiltaltes erverv og

oppbevaring av stoffet. Altså, et motsatt standpunkt, i forhold til flertallet, om hvilken betydning oppfyllestidspunktet hadde i relasjon til selve ervervelsen.

Mindretallet antok videre at bevisprovokasjon vanligvis ikke ville komme i strid med grunnvilkåret. Endrer begivenhetene imidlertid rekkefølge, slik at ervervet blir foretatt på bakgrunn av politiets avtale om salg, vil også bevisprovokasjon rammes av grunnvilkåret. Dette var tilfellet her, mente han, og påpeker at rettsbelæringen ikke ga grunnlag for å fastslå, at de tiltalte ville ha ervervet stoffet helt umotivert av avtalen med C. Politiet bør ikke kunne foranledige personer til å erverve og oppbevare narkotika, gjennom å akseptere tilbud om kjøp, avsluttet han.

Et interessant moment er at politiet hadde til hensikt å utføre en bevissikringsprovokasjon, hvor den fremprovoserte avtalen mellom C og A skulle avsløre at A var i besittelse av narkotika. Hendelsesforløpet var således forutsatt å bestå av en tidsakse hvor A først erverver stoffet, så tar det under oppbevaring og deretter inngår avtale med C. At ervervet imidlertid fant sted etter avtalen med C, mente flertallet var greit, så lenge det var bevist at A ervervet heroinet av egen vilje og av eget initiativ.

Flertallet frigjør seg dermed fra et strengt tidsperspektiv, sett i forhold til *når* den straffbare handling finner sted, og *tidspunktet* for politiets inntreden. Hvilket har gode grunner for seg, så lenge det kan bevises at initiativet til erverv og oppbevaring av heroinet lå hos tiltalte, og ikke hos politiet. Grunnvilkåret krever tilsynelatende ikke noe mer på dette punkt. En annen sak er om det er psykisk mulig for de tiltalte å ikke la seg påvirke av Cs, og politiets indirekte, aksept av kjøp, når det er stor sannsynlighet for at stoffet først blir ervervet *etter* at denne avtalen kommer i stand. Dette poengterer også mindretallet, og sier samtidig at rettsbelæringen ikke gir grunnlag for å påvise at det *ikke* var avtalen med C, som motiverte tiltaltes initiativ til å erverve heroinet. Mindretallet tar så og sår en viss usikkerhet rundt bevisene og måten de er blitt ervervet på.

Hvor mye som kreves for å kunne fastslå at vilkåret om at initiativet skal ligge hos de tiltalte, er oppfylt vil variere fra sak til sak. Flertallet går ikke nærmere inn i denne vurderingen. Likevel, i tråd med mindretallets synspunkter, taler gode grunner for å stille visse krav til klarheten rundt hvor initiativet ligger, spesielt når det er tvil om politiets atferd kan ha vært medvirkende årsak til ervervet. Dette byr på bevismessige vansker, men

hensynet til at politiet ikke skal kriminalisere taler for et slikt syn. I alle høve vil usikkerhet rundt hvor initiativet ligger være nok til at tiltalte må frifinnes. Rundskrivet bemerker attpåtil at politiet verken direkte, eller *indirekte*, må ta initiativet til den straffbare handlingen. Det strenge beviskravet i strafferetten taler i samme retning. Avgjørelsen ble likevel avgjort på et annet grunnlag, se nedenfor i punkt 3.4.3.

2.5.2 Rt. 2000 s.1345

I Rt. 2000 s.1345 forelå en litt ”tilfeldig” form for bevisprovokasjon. Politiet ønsket å sikre bevis for salg av narkotika, noe som i seg selv skiller denne saken fra andre bevisprovokasjoner. Grunnen til at bevissikringen fremstod som nokså tilfeldig, var at politietterforskeren lot tiltaltes beslaglagte mobiltelefon være slått på. I kjølvannet av arrestasjonen, mottok politietterforskeren samtaler fra personer som var interessert i å kjøpe narkotika. Politietterforskeren røpet ikke at han jobbet for politiet, og ga uttrykk for å være en kamerat av tiltalte. Spesielt i den første samtalen, hvor innringeren kalte seg Roar, ble det eksplisitt spurt; *”har du noe?”*. Også i den andre samtalen forholdt politietterforskeren seg passiv i forhold til spørsmålet om *”noe galt hadde skjedd”*. Dommen reiser interessante spørsmål i forhold til bevisførsel og EMK, men er like fullt et eksempel på en bevisprovokasjon. Som førstvoterende sier; *”i vår sak er det også tale om en opptreden...som tar sikte på å sikre bevis for straffbare handlinger som allerede er forøvet”*.

Men til forskjell fra andre bevisprovokasjoner, gjorde ikke politiet her noe aktivt for å skaffe bevis. At politietterforskeren ikke røpet sin rette identitet var videre i tråd med de hensyn som begrunner politiets opptreden ved infiltrasjon. Politiet hadde endelig ikke noen påvirkning på tiltaltes initiativ til å selge narkotika, og telefonsamtalene representerte utelukkende bevis for begått kriminalitet.

2.5.3 Rt. 1999 s.1269

Politiet mistenkte her en verksbetjent i å bistå en fange med å rømme fra fengselet. Politiaksjonen var således en annerledes type bevisprovokasjon. Formålet var å få sikret bevis, i form av skjult lydopptak, for denne biståingen. Verksbetjenten ble både varetektsfengslet, og avhørt av politiet, en tid forut for bevisprovokasjonen, som for øvrig ikke ble iverksatt før etter cirka ni måneder etter varetektsfengslingen. Dommen reiser for øvrig viktige prosessuelle spørsmål vedrørende bevisavskjæring og blir behandlet grundigere i punkt 3.5. Uansett er den illustrativ i forhold til bevisprovokasjon som metode.

Politiet inngikk et samarbeid med en innsatt, C, som videre inngikk avtale med mistenkte A om bl.a. å tegne en skisse over en ny rømningsplan. Videre ble det avtalt at A skulle overlevere skissen, eller planen, til en ”medhjelper” av C, nemlig politibetjent D. Og her ligger grunnlaget for politiets provokasjonsaksjon. D foretok skjult opptak av samtalen med A, og forledet ham til å snakke om Bs rømning.

Saksforholdet er forskjellig fra narkotikatilfellene, men det rettslige forblir likevel ganske likt. Grunnvilkåret vil gjelde like fullt i et sådan tilfelle. Selv om As initiativ til selve rømningen forble klart upåvirket av politiet. Aktor sier bl.a. at det å sikre bevis for begåtte handlinger, ikke kan likestilles med *”provokasjon i form av medvirkning til gjennomføring av en straffbar handling”*. Hvilket er en interessant formulering i forhold til skillet mellom bevis- og alminnelig provokasjon.

Det forhold at A møter politibetjent D, hvor det uttrykkes en vilje fra D om at A kan utarbeide en ny plan, kunne tenkes som et forsøk på en ny straffbar handling, jfr. strl. § 131 jfr. § 49. Og kan således sammenlignes med de tilfeller hvor politiet fremprovoserer et narkotikasalg, hvis hensikt har å skaffe bevis for oppbevaring. Det var likevel aldri aktuelt å ta ut tiltale for et slikt forsøk.

Et annen moment er om det forelå et marked for den “varen” A selger. Spørsmålet er interessant da det i dommen ikke fremgår om det eventuelt var andre fanger i

fengselet(Ullersmo) som hadde tilbudt A penger for rømningsplaner. Mye tyder på at politiet representerte det eneste marked for nye rømningsplaner, konstruert gjennom Cs tilbud til A. Høyesterett avgjorde imidlertid saken på et annet grunnlag, se nedenfor under punkt 3.5.4.

2.6 Rettsvirkninger av provokasjon

2.6.1 Innledning

Grunnvilkåret for provokasjon, har som alle andre vilkår, to mulige utfall; enten er vilkåret oppfylt, eller ikke. I relasjon til provokasjon vil det at vilkåret er oppfylt innebære at provokasjonen er *lovlig* og motsatt. At provokasjon er lovlig er en forutsetning for at politiet kan reise tiltale. Rettspraksis viser imidlertid at selv om provokasjonen er lovlig, er ikke alltid det tilstrekkelig i seg selv til å domfelle tiltalte.

Rettsikkerhet for borgerne er ment fremmet i riksadvokatens rundskriv og i grensene for provokasjon. Likevel vil det forekomme grensetilfeller, tilfeller hvor grensene tøyes og hvor politiet operer opp imot hva som er lovlig. Det eksisterer ingen generell regel som sier at politiet aldri begår feil eller overskrider sin kompetanse. Faktum er at politiet begår handlinger som ellers ville vært straffbare, som ledd i en provokasjon; enten direkte eller som en medvirkende årsak. I det følgende vil det gis en gjennomgang av hva som menes

med at provokasjonen er ulovlig, samt en vurdering av hvorvidt tiltalte bør frifinnes i slike tilfeller.

2.6.2 Ulovlig bevisprovokasjon

Med ulovlig bevisprovokasjon siktes det dels til at politiet, eller dets medhjelper(e), har overskredet sin kompetanse på en måte som gjør at aksjonen vil være i strid med grunnvilkåret, og dels til alvorlige mangler ved etterforskningen.

Det første tilfellet vil si at politiet har fremprovosert en forbrytelse som ellers ikke ville ha funnet sted. Litteraturen opererer med en såkalt betingelseslære; er politiets rolle en *nødvendig betingelse* for at den straffbare handlingen blir gjennomført?¹⁰ Hvis så, vil forholdet være fremprovosert og følgelig ulovlig. Provokasjonen vil da ikke lenger være rettmessig. Likeledes vil tiltaltes straffbare handling ikke lenger være rettsstridig. En naturlig konsekvens vil da være at de hensyn som kan begrunne politiets unntak fra straffverdighet, ikke lenger gjør seg gjeldende med like stor styrke.

Den andre typen av ulovlighet vedrørende provokasjon, forekommer hvor det er ett eller annet klanderverdig med bevissikringen, se under punkt 3.4 flg.. I slike tilfeller trenger ikke nødvendigvis politiet å ha fremprovosert den straffbare handlingen.

Rundskrivet sier at politiet ikke skal ta ut tiltale i tilfeller av ulovlig provokasjon. Dette blir nok sjeldent gjort i praksis, ser man på de siste års avgjørelser fra Høyesterett. Riktignok var det dissens om lovligheten i Rt. 2000 s.1223.

Tanken er vel at ulovlig provokasjon er forbeholdt de tilfeller hvor politiet fremprovoserer en forbrytelse som ellers ikke ville ha funnet sted, altså et direkte brudd på grunnvilkåret. I relasjon til bevisprovokasjon innebærer dette at politiet eksempelvis kan ha påvirket ervervet av narkotikaen. Hvis så er tilfelle, styres aksjonen plutselig av de hensyn og regler som gjelder for tiltaleprovokasjon, samt at politiets inngripen kommer i tid forut for en straffbar handling.

¹⁰ Hopsnes, side 98.

I Rt. 2000 s.1223 frifant Høyesterett tiltalte på grunn av alvorlige mangler ved etterforskningen. Rt. 1998 s.407 bygger også på lignende betraktninger. Hvorvidt provokasjonen må anses som ulovlig i disse tilfellene er uklart. Alvorlige mangler ved etterforskningen fremstår da som en slags kritikk mot selve fremgangsmåten hos politiet, uten at politiet har foretatt seg noe som kan sies å være direkte ulovlig.

Ved et direkte brudd på grunnvilkåret, kan gjerningsmannen sies å ha blitt utsatt for en krenkelse gjennom å bli forledet til en forbrytelse han ellers ikke ville ha begått. En slik krenkelse vil riktignok ikke være like grov når årsaken til provokasjonens ulovlighet, er feil beslutningsnivå i påtalemyndigheten, eller unnlatelse av å innhente samtykke. Slike tilfeller representerer i så måte en ”mindre” alvorlig mangel ved etterforskningen. I HR-2007-00328-A, benekter førstvoterende at slike feil kan føre til ulovlighet i seg selv.

Videre kan offentlige interesser tenkes krenket når politiet fremprovoserer handlingen, med den tenkte følge at politiets tillitt i folket blir svekket. Allikevel kan det spørres hvor svekket tillitten rent faktisk blir, hvis provokasjonens ulovlighet skyldes ”alvorlige mangler” ved etterforskningen. Politiet bør imidlertid under enhver omstendighet tilstrebe det å holde seg innenfor grensene for sitt hjemmelsgrunnlag.

Erverver gjerningsmannen narkotika, og alle straffbarhetsvilkårene er oppfylt for øvrig, vil han være fullt ut ansvarlig. Dette vil være tilfellet ved ”konvensjonell” kriminell atferd, i denne sammenheng; når politiet ikke provoserer eller påvirker hendelsesforløpet. Tilskynder imidlertid politiet gjerningsmannens motivasjon og vilje for erverv av narkotika, befinner politiet seg i en ansvarsmessig situasjon som minner om medvirkningsansvaret i § 162 femte ledd.

Man kunne derfor ha hevdet at ansvaret ikke lenger ville være fullt ut gjerningsmannens. Det forhold at gjerningsmannen på mange måter blir ”lurt” av politiet, peker i retning av at ansvarsforholdet til en viss grad forrykkes. Likevel forutsetter rettssystemet at mennesker skal kunne motstå ”fristelser” uavhengig av om de kommer fra politiet eller andre.¹¹ Likeledes blir heller aldri gjerningsmannens kriminelle handling rettmessig, selv om politiet til en viss grad påvirker denne.

¹¹ Petter Asp 2001 side 300-302.

2.6.3 Særskilte rettsvirkninger – frifinnelse

Strider politiets provokative etterforskning mot grunnvilkåret skal tiltalte *frifinnes*. Dette er Høyesteretts klare standpunkt i flere sentrale avgjørelser, blant annet Rt. 1992 s.1088. Noe som følges opp av riksadvokaten. Som utgangspunkt skal ikke politiet ta ut tiltale ved slike tilfeller, gjøres likevel dette skal han altså frifinnes.

I Rt. 1992 s.1088 kom Høyesterett til at det var politiet som hadde fremkalt lovbruddet, aksjonen var følgelig i strid med grunnvilkåret. I andre saker har Høyesterett frifunnet tiltalte på grunn av ”alvorlige mangler” ved etterforskningen. I Rt. 2000 s.1482 påpeker førstvoterende de prosessuelle forskjeller og konsekvenser det får for ankeadgangen til Høyesterett, hvorvidt partene velger å anke over saksbehandlingen(feil ved etterforskningen) eller anker over lovanvendelsen. Førstvoterende mente det kunne være fordelaktig å se politiets ulovlighet som en saksbehandlingsfeil, fordi det vil gi Høyesterett full prøvingskompetanse. Hvilket grunnlag retten her faller ned på, synes imidlertid å være av mer prosessuell og praktisk betydning.

Når politiet fremkaller et lovbrudd som ellers ikke ville ha funnet sted, vil det klanderverdige ved politiets opptreden ligge i det rent materielle, altså, i *hva* politiet foretar seg. Som nevnt skal det mer til før formelle feil fører til ulovlighet, jfr. HR-2007-00328-A. Hvilket fort kan bli en for streng reaksjon mot politi og påtalemyndighet, da provokasjon som metode tross alt har til formål å bekjempe alvorlig kriminalitet. En viss feilmargin bør nok derfor politi og påtalemyndighet utvises, jfr. ”det tradisjonelle syn” om at retten viser varsomhet med å ”straffe” politiet pga. feil i etterforskningen. Høyesterett har likevel ved ett par anledninger, frifunnet tiltalte på grunn av ”alvorlige mangler” ved etterforskningen. Alvorlige mangler representerer nok derfor ytterpunktet for hvilken betydning en formell feil kan få rent rettsvirkningsmessig.

Hvor Høyesterett har funnet bevist at politiet fremkalte lovbruddet, har retten gitt uttrykk for at det foreligger en “ulovfestet frifinnelsesgrunn som har slektskap med visse sider av den alminnelige rettsstridsreservasjon”, jfr. Rt. 1992 s.1088(1091). Om Høyesterett

her mener å rettmessiggjøre tiltaltes handling fordi den ble fremkalt av politiet, har vært oppe i juridisk teori. En måte å tolke Høyesterett på er å innskrenke det aktuelle straffebud. Den alminnelige rettsstridsreservasjon gjør nettopp det, innskrenker straffebudets virkeområde i forhold til handlinger som straffebudet ikke er ment å ramme. At politiet i realiteten fremkaller lovbruddet vil kunne representere en slik handling. Å tolke et straffebud innskrenkende vil imidlertid ikke være det samme som en ulovfestet frifinnelsesgrunn.

En løsning kunne kanskje vært og sett ulovlig politiprovokasjon som en straffenedsettelsesgrunn, som ikke direkte førte til frifinnelse. Mot dette veier imidlertid hensynet til at politiet ikke skal kriminalisere, tungt, sammenholdt med forarbeider og rettspraksis.

I litteraturen¹² er det for øvrig ytret skepsis til at Høyesterett frifinner tiltalte i saker som Rt. 1998 s.407 og 2000 s.1223. Hvor det bl.a. blir hevdet at når Høyesterett frifinner tiltalte på grunn av feil ved etterforskningen, og ikke fordi handlingen er fremprovosert av politiet, er det på et for “spinkelt grunnlag”. Dette kan ha gode grunner for seg, spesielt i forhold til den begrensning en slik frifinnelse kan få for bevisføringen, se i punkt 3.4.2.

Høyesterett kan som kjent ikke foreta bevisvurdering under skyldspørsmålet, noe som kunne tale for at Høyesterett bør nøye seg med å oppheve den fellende lagmannsrettsdom, jfr. mindretallet i 2000 – saken. Rt. 2000 s.1223 gir samtidig signaler om at så lenge det hersker en viss usikkerhet rundt bevisene vil det være tilstrekkelig for frifinnelse, selv om politiet har handlet i tråd med grunnvilkåret for øvrig.

¹² Strandbakken ytrer skepsis til saksbehandlingsfeil som frifinnelsesgrunn, *Uskyldspresumsjonen* side 194.

2.6.4 Særskilte rettsvirkninger – avvisning

En mulig rettsvirkning kunne vært at retten, i tilfeller av ulovlig provokasjon, avviser saken og ikke tok den til realitetsbehandling. I slike tilfeller må retten uansett frifinne tiltalte, og avvisning kunne derfor ha vært et alternativ, jfr. strpl. § 272 bokstav a. Dette kan i tillegg ses i sammenheng med rettens adgang til å ta opp frifinnelsesspørsmålet etter § 272 bokstav b.

Prosessøkonomiske hensyn kunne tale for en slik løsning. Velger retten å avvise saken på saksforberedelsesstadiet, kan det ses på som en måte å komme “rundt” kravet om frifinnelse. Altså, som et “alternativ” til frifinnelse. Spesielt kunne dette tenkes i tilfeller hvor det hefter ”alvorlige” mangler ved etterforskningen, hvor frifinnelse, som nevnt, nok ikke er så godt begrunnet.

Politiets ulovlige aksjon kan videre sees som en mangel ved tiltalebeslutningen, jfr. strpl. § 252 nr.4, særskilt. Med andre ord; at en nødvendig prosessforutsetning mangler for å ta ut tiltale. En slik tolkning måtte nok i alle høve ha krevd en lovendring, da § 252 må anses for å være uttømmende.

Gjennom å avvise saken forhindres imidlertid påtalemyndigheten i å straffeforfølge et straffverdig forhold. Noe som krever et rettslig grunnlag. Hjemmelsgrunnlaget har for så vidt retten i § 272 bokstav a, uten at bestemmelsen sier noe nærmere om hva en slik avvisning kan gå ut på. I praksis vil nok ikke problemstillingen bli satt på spissen, da politiet vil vegre seg mot å ta ut tiltale når det har handlet i strid med grunnvilkåret.

2.7 Avsluttende bemerkninger

Provokasjon, i form av å sikre bevis for straffbare handlinger, har tradisjonelt vært å anse som mindre betenkelig enn ved såkalt tiltale– eller alminnelig provokasjon. Likevel viser rettspraksis at hva en bevisprovokasjon kan innebære i praksis, er at politiet fremprovoserer en ny straffbar handling, som igjen baner vei for å oppklare begått kriminalitet. Dette kan synes noe paradoksalt, da en bevisprovokasjon rent formålmessig skal rette seg mot fortid, ikke fremtid. Sikkerhetsventilen er i slike tilfeller at politiet ikke skal ta ut tiltale for salget, kun for den begåtte handling. Den allerede begåtte handling er dessuten utført av den personen som utsettes for bevisprovokasjonen. At middelet for å nå målet, da innebærer en ny straffbar handling, godkjennes således av rettsordenen.

Situasjonen som utspilte seg i Rt. 2000 s.1223 er videre interessant. Målet var også her å få avslørt begått kriminalitet, likeledes som middelet var å fremprovosere en ny kriminell handling. Likevel oppstod det en viss tvil rundt hvorvidt politiet hadde påvirket den kriminalitet som, etter bevisprovokasjonsmodellen, allerede burde ha vært begått før politiets inntreden. Dette var aldri politiets hensikt, og det mistet dermed kontrollen med hendelsesforløpet.

Flertallet anså likevel aksjonen for å være lovlig, hvilket mindretallet, med rette, kritiserte. Politiet beveget seg meget nært opp til grunnvilkårets kjerne, og etterlot en viss tvil i forhold til lovligheten.

Til å ”uskadeliggjøre” denne tvilen, foretok flertallet en interesseavveining. Hvor hensynet til at politiet skal oppklare alvorlig kriminalitet veide meget tungt. Riktignok er politiet anerkjent å kunne ha en viss påvirkning på ny kriminalitet, uten å handle i strid med grunnvilkåret. Dette har etter min mening gode grunner for seg, da narkotikakriminalitet er et stort samfunnsproblem, og er samtidig ekstra vanskelig å bekjempe med tradisjonelle etterforskningsmetoder.

Allikevel bør politiet vise tydelighet i forhold til hva det ønsker å oppnå bak en provokasjonsaksjon. Hvis hensikten er å skaffe bevis for begått kriminalitet, finner jeg det uheldig at politiet plutselig befinner seg i en situasjon, hvor det står i fare for å skape ny

kriminalitet. I slike tilfeller krysses hensynene bak de ulike provokasjonstyper, på en utilsiktet måte. Slike utilsiktede virkninger er det derfor viktig at domstolene er klar over, i relasjon til bevisprovokasjon.

3 Bevisavskjæring

3.1 Noen Utgangspunkter

3.1.1 Innledning

I forrige del var den sentrale problemstillingen å presentere provokasjon som metode og samtidig å se på noen særlige rettsvirkninger spesielt knyttet til provokasjon. I del 3 rettes fokuset mot bevisavskjæring, som en mulig rettsvirkning av bevisprovokasjon.

Bevisavskjæring er en *rettsvirkning*, og ikke noe utgangspunkt for en rettslig drøftelse. Nettopp fordi bevisavskjæring vil innskrenker utgangspunktet om fri bevisførsel, og er således et unntak fra hovedregelen. Dette innebærer at relevante bevisavskjæringsregler må behandles grundigere, sammen med vilkårene for når bevisavskjæring kan finne sted.

Tilslutt vil selvinkrimineringsforbudet som særskilt avskjæringsgrunnlag, behandles nærmere. Denne problemstillingen aktualiserte seg spesielt i forbindelse med den bevisprovokasjonen som politiet foretok i Rt. 1999 s.1269.

3.2 Bevisførsel

3.2.1 Fri bevisførsel – det klare utgangspunkt

Utgangspunktet i norsk rett er fri bevisførsel. Prinsippet regnes som en bærebjelke i norsk straffeprosess, og er stadfestet i en rekke Høyesterettsavgjørelser. Av de grunner står det ingenting om fri bevisførsel i straffeprosessloven. Mer presist sier prinsippet at alle bevis, som kan kaste lys over et hendelsesforløp, kan, uavhengig av bevisets kvalitet, føres.

Det er ingen plikt¹³ for partene til å føre bevis, men det er ikke særlig praktisk at politiet tar ut tiltale, uten å ha samlet et bevisgrunnlag, jfr. strpl. § 249 jfr. § 226. Partene pålegges likevel å ha ansvaret for å fremlegge bevis i saken. Både forsvareren og påtalemyndigheten vil ha en interesse i å “vinne” saken. Likevel er ikke det å få tiltalte domfelt, av påtalemyndigheten, ansett som en “seier” etter norske straffeprosessuelle tradisjoner.

¹³ Hov sier i Rettergang I side 201; partene har ingen plikt til å legge frem bevis, de risikerer kun å tape saken.

I norsk rett er prinsippet om fri bevisførsel ansett for å være såpass sikkert, at lovgiver snarere har fokusert på å lovfeste mulige *unntak*, eller *innskrenkninger*, av prinsippet. Et godt eksempel utgjør Rt. 2005 s.1353 hvor det var spørsmål om bevisførsel utenfor tiltalen. Høyesterett sa bl.a. at prinsippet om fri bevisførsel er en klar hovedregel i norsk straffeprosess, og overlot dermed til eventuelle unntaksregler å innskrenke utgangspunktet.

3.2.2 Andre sentrale prinsipper for bevisførselen

Et tungtveiende hensyn, i straffeprosessen, innebærer *det materielle sannhets prinsipp*. Prinsippet er nedfelt i straffeprosessloven § 294 og sier at “*retten skal på embets vegne våke over at saken blir fullstendig opplyst*”, jfr. første punktum. I dette ligger at retten har en selvstendig plikt å tilstrebe materielt riktige avgjørelser, gjennom at den ser til at saken blir så riktig og korrekt opplyst som mulig. At retten har en selvstendig plikt til å gjøre så, innebærer at den ikke er bundet av partenes disposisjoner. En praktisk side av prinsippet er at partene anmodes om å få saken bedre belyst, for eksempel gjennom å skaffe til veie flere opplysninger eller bevis. Mens en rettslig side er når retten beslutter bevisavskjæring, hvilket innebærer en innskrenkning av det materielle sannhetsprinsipp. Følgelig vil hensynet til den materielle sannhet, som regel tale for bevisførsel i straffesaker.

Videre gjelder prinsippet om *bevisumiddelbarhet*. Dette prinsippet følger forutsetningsvis av blant annet straffeprosessloven § 290. Prinsippet sier enkelt og greit at beviset skal føres direkte for den dømmende rett. Straffeprosessloven §§ 296 og 297 viser videre hvordan prinsippet fungerer i forhold til vitneforklaringer. Parolen kan sies å være at et umiddelbart bevis anses å være kvalitativt bedre, enn et middelbart bevis.

Spesielt i forhold til vitner, vil *muntlighetsprinsippet* være et utslag av bevisumiddelbarhetsprinsippet, jfr. blant annet strpl. § 133. Likevel er selve muntlighetsprinsippet lovfestet i straffeprosessloven § 278 første ledd. Ved eksempelvis politiprovokasjoner anses den agenten, eller medhjelperen som politiet bruker, for å være

vitne i saken. Prinsippet innebærer derfor at agenten, vitnet, skal forklare seg muntlig for retten, noe som sikrer en umiddelbarhet, se imidlertid strpl. § 292a.

Nevnes kan også det *kontradiktoriske* prinsipp. Kontradiksjon betyr at siktede skal få anledning til å imøtegå siktelsen og påstandene mot ham, blant annet gjennom å ha rett til å avhøre de vitner som blir ført mot ham, jfr. strpl. § 264. At tiltalte skal kunne imøtegå de påstander påtalemyndigheten reiser mot ham, er av EMD også antatt å være innlemmet i uskyldspresumsjonen, jfr. EMK art. 6 nr.2. Prinsippet er for øvrig eksplisitt nedfelt i EMK art. 6 nr.3 d, i forhold til å imøtegå vitner.

Avslutningsvis kan det nevnes at norsk straffeprosess opererer med en *fri bevisbedømmelse*. Bevisbedømmelsen går på den vekt retten tillegger hvert enkelt bevis. Prinsippet er for øvrig ulovfestet, men er antatt å være sikker rett.

3.3 Begrensninger i den frie bevisførsel – bevisavskjæring

3.3.1 Innledning

Bevisavskjæring representerer, som nevnt, de begrensninger som den frie bevisførselen er underlagt. Konsekvensen blir derfor at friheten til å føre bevis ikke er så fri lenger.

Bevisavskjæring kan være hel eller delvis. Det mest praktiske er likevel at beviset avskjæres i sin helhet. Avskjæringsreglene i norsk rett er både forankret i ulovfestet rett og

i straffeprosessloven. Dette kapittelet vil derfor gi en grovkornet presentasjon av de avskjæringsregler som både straffeprosessloven og ulovfestet rett hjemler etter norsk rett.

3.3.2 "Absolutte" avskjæringsregler

Med absolutt menes tilnærmet det samme som et *forbud*. Retten har følgelig en plikt til å avskjære beviset. En slik plikt har retten som utgangspunkt etter straffeprosessloven § 118 flg. om *lovbestemt taushetsplikt*. Riktignok kan retten innhente samtykke fra Departementet, eller ved kjennelse tillate taushetsbelagte vitneforklaringer ført, jfr. annet ledd, men forbud mot bevisførsel er likevel den soleklare hovedregel.

Loven oppstiller også andre unntak fra bevisavskjæring av taushetsbelagte opplysninger, som for eksempel straffeprosessloven § 204 annet ledd, første punktum. I Rt. 2000 s.1345 trekker førstvoterende en analogi fra denne bestemmelsen, og sier at personer som er under mistanke for å være medskyldige i straffbare handlinger, ikke lenger nyter det samme behov for vern av taushetsbelagte opplysninger, som ellers. Hensynet til forbrytelsens alvorlighet vil følgelig kunne innskrenke taushetsplikten.

En avskjæringsplikt vil også retten ha i forhold til reglene om *anonym vitneførsel*. Her spiller hensynet til det kontradiktoriske prinsipp en vesentlig rolle. Så vel muntlighetsprinsippet tilsier at retten skal avskjære slike bevis. Likevel er også dette bevisforbudet underlagt visse begrensninger, gjennom unntaksbestemmelsen i straffeprossloven § 130a. Se for øvrig også straffeprosessloven § 292 tredje ledd, som vil fungere som en absolutt avskjæringsregel hvis anonym vitneførsel tillates etter § 130a.

3.3.3 Når retten "kan" avskjære et bevis

Denne gruppen avskjæringsregler, er nok den mest omfattende i loven. Slike regler gir retten en fakultativ adgang til å avskjære bevis etter en konkret vurdering. Hvor retten ser vilkårene i bestemmelsen opp imot de ulike interesser i saken.

Et godt eksempel på en slik "kan" regel er straffeprosessloven § 292 annet ledd. Den bestemmelsen er sentral i to henseender. På den ene side stadfester bestemmelsen et prinsipp om at bevis som er "for hånden", det vil si lett tilgjengelige bevis, kan som regel tillates ført. Det følger mer eller mindre direkte av ordlyden. Her stadfestes på mange måter prinsippet om fri bevisførsel, men innsnevres kun til å gjelde bevis "for hånden".

Den andre siden av bestemmelsen er dens side som avskjæringsregel. Og på hvilke vilkår regelen er en avskjæringsregel er oppramset fra bokstav a til c i annet ledd. Her kan det for øvrig bemerkes at avskjæringsadgangen etter bestemmelsen har blitt revidert og utvidet med en ny bokstav a.

Alle de tre bokstavene gir prov på et skjønn som retten må foreta. Regelen i bokstav c er likevel mer skjønnspregnet enn de to andre bokstavene. At et bevis "*åpenbart ikke har noen beviskraft*" gir seg ikke selv. En måte å forstå "beviskraft", er å se beviset som et betydningsløst bevisstilbud, tross partenes pretensjoner. Vurderingen av hva som er et betydningsløst bevisstilbud må samtidig avgrenses mot hva som ligger under rettens bevisbedømmelse. Fordi med betydningsløst forstås både en kvantitativ og kvalitativ bedømming av beviset.

Her gjelder bokstav b tilsvarende. Kommer retten til at vilkårene i andre ledd er oppfylt, blir konsekvensen at beviset avskjæres. I så måte fungerer § 292 andre ledd som en innskrenkning av prinsippet om den frie bevisførsel.

Straffeprossloven § 293 kan også nevnes. Bestemmelsen gir retten adgang til å nekte beviset ført hvis bevisførselen utsetter saken, eller som det står i ordlyden; "*en forsinkelse eller ulempe som ikke står i rimelig forhold til bevisets og sakens betydning*". Kommer retten imidlertid til at den forsinkelse, bevisførselen måtte medføre, står i rimelig forhold til bevisets betydning for saken, bør retten likevel tillate beviset. § 294 vil i alle høve initiere retten til å ikke benytte avskjæringsadgangen over "en lav sko".

3.3.4 Ulovfestet lære om ulovlige ervervede bevis

I rettspraksis har det vokst frem en lære om at ulovlige ervervede bevis ikke skal føres for retten, hvis det vil representere en fortsettelse av det rettsbrudd som ervervelsen innebærer, å tillate beviset ført. Her kan fokuset enten rettes mot det ulovlige ved selve ervervelsen, altså fremgangsmåten, eller selve krenkelsen det innebærer å tillate beviset. Det som krenkes kan være en beskyttelsesverdig interesse som loven ønsker å verne, for eksempel taushetsplikten.

Et eksempel på at selve fremgangsmåten var ulovlig er Rt. 1991 s.616. Arbeidsgiveren ble i denne saken nektet å føre et videobevis, som uhjemlet, hadde overvåket en av sine ansatte. Høyesterett kom under tvil til at ervervelsen av beviset var ulovlig, og presiserte samtidig at lovstrid kunne være tilstrekkelig for å kalle ervervelsen ulovlig.

I en annen dom, jfr. Rt. 1997 s.765, riktignok en barnerettslig omsorgssak, kom Høyesterett til at morens opptak av samtaler med barnets far ikke var i strid med straffeloven § 145a, men at det ville være illojalt og støtende i forhold til den annen part, å føre beviset for retten. Resultatet ble bevisavskjæring, men det spørs hvor tungtveiende disse synspunkter vil være ved avskjæringsspørsmål angående alvorlig kriminalitet.

3.4 Avskjæring av bevis sikret gjennom bevisprovokasjon

3.4.1 Innledning

Hensikten under dette kapitlet er å innsnevre problemstillingen rundt bevisavskjæring til å gjelde bevis som politiet skaffer gjennom provokasjon, og da hovedsakelig bevisprovokasjon. Utgangspunktet om fri bevisførsel gjelder også her, like fullt som at bevisavskjæring trenger et særskilt rettslig grunnlag.

Bevis anskaffet ved provokasjon kan meget vel fungere som et fellende grunnlag for påtalemyndigheten, altså som helt avgjørende bevis. Slik at det gjerne vil forekomme sterke interessekonflikter mellom partene i forhold til om provokasjonsbevis kan tillates ført eller ikke.

I punkt 3.4.2 behandles hva som kan regnes som et ulovlig provokasjonsbevis, og hvilke konsekvenser det kan få for bevisførselen. Mens punkt 3.4.3 behandler hvorvidt retten i realiteten avskjærer et bevis på grunn av mangler ved etterforskningen.

3.4.2 Ulovlig ervervede bevis

Ut i fra den rettspraksis som foreligger om bevisprovokasjon, kan ulovlig provokasjon oppstå i to varianter; i forhold når politiet fremkaller en forbrytelse som aldri ellers ville ha funnet sted, og ved alvorlige mangler ved etterforskningen. I sistnevnte tilfelle kan det være tvilsomt om politiet har fremprovosert forbrytelsen, men det kan være andre sider av etterforskningen som retten finner kritikkverdig, se foran.

Når retten finner at politiet har opptrådt i strid med grunnvilkåret, skal ikke tiltale tas ut. Derfor vil sjelden spørsmålet om bevists lovlighet bli satt på spissen når saken ligger således an. I tillegg vil nok politiet være tilbakeholdne med å bygge en straffeforfølgning på et bevis, det vet at har blitt ervervet på en ulovlig måte.

Fokuset kan derfor rettes mot de tilfeller hvor retten finner at politiet ikke har fremkalt selve forbrytelsen, men hvor det kan være sider av etterforskningen, herunder bevissikringen, som retten anser som kritikkverdig. Som vi skal se er det ikke sikkert at spørsmålet om bevisavskjæring blir reist "eksplisitt" for retten. Saksforholdet i Rt. 2000 s.1223 er illustrerende i så måte.

Uansett vil et naturlig utgangspunkt være å se hen til *lovligheten* av de bevis politiet skaffer under etterforskningen. Avgjørende for om et bevis er lovlig eller ikke, skriver seg tilbake til om det ved ervervelsen av det, har forekommet et brudd med de regler som regulerer den framgangsmåten som politiet skal følge. Det kan eksempelvis være brudd på regler om hvordan politiet skal gå frem ved ransaking(jfr. strpl. kap.15), eller som her, i forhold til vilkårene for provokasjon. Likevel er det antatt, at kommer politiet over et reelt bevismiddel, tross etterforskningsskrittets ulovlighet i utgangspunktet, vil ikke eieren kunne hevde at beviset aldri ville ha blitt funnet hvis den ulovlige aksjonen ses borte, og således se bort ifra bevisets verdi.

Det er vanskelig å gi et generelt svar på spørsmålet om et ulovlig ervervet bevis kan tillates ført. Noe heller ikke straffeprosesslovkomiteen¹⁴ tok standpunkt til på et generelt grunnlag. Komiteen hevdet imidlertid at det er grunn til å sondre mellom ulike typetilfeller. Ett tilfelle er hvor beviset er lite pålitelig. Ett annet er hvor adgangen til å føre det vil komme til å krenke de interesser, som ligger til grunn for den regelen som brytes, ved ervervelsen av beviset. Straffeprosesslovkomiteen uttalte bl.a. videre at "*mulige misbruk fra politiet lar seg mer hensiktsmessig motarbeide ved administrative og disiplinære forholdsregler enn ved å avskjære bevis...*". Komiteen gir således uttrykk for at den ikke ønsker å vise sin misbilligelse ovenfor politiets metoder, gjennom å avskjære beviset.¹⁵

¹⁴ Straffeprosslovkomiteen, *Innstilling* 1969 side 197 første spalte.

¹⁵ Andenæs *Straffeprosess I* side 270.

Endelig vil spørsmålet om avskjæring av ulovlig innhentet bevis måtte bero på en konkret interesseavveining.

Ut ifra de nevnte hensyn, kan bevisføringsadgangen virke relativt vid. Uttalelsene fra straffeprosesslovkomiteen representerer da også lovgivers interesse i at politiet skal få benytte ekstraordinære etterforskningsskritt til å, i alle fall opp til et visst punkt, bekjempe den alvorligste kriminalitet uten å bli ”straffet” for mindre feil ved sin fremferd. Hvilket er i tråd med den utbredte holdning at jo mer alvorlig forbrytelsen er, desto mer vil hensynet til sakens opplysning gjelde, noe som i sin tur taler for en mer åpen og videre bevisførsel, enn i mindre alvorlige saker, jfr. Rt. 1999 s.1269(s.1272). Provokasjon som etterforskningsmiddel er, som kjent, forbeholdt alvorlig kriminalitet og vil således befinne seg i kjerneområdet for komiteens uttalelser.

Når det er fastslått hvor alvorlig forbrytelsen anses å være, må retten ta stilling til hvilke *interesser* som eventuelt kan bli krenket gjennom at beviset føres. Med interesser siktes det her til interesser som tiltaltes personvern og rettigheter han eller henne vil ha etter menneskerettskonvensjonene, for eksempel retten til privatliv jfr. EMK art.8. Hensynet til tiltaltes personvern var oppe i Høyesterett i Gatekjøkkenkjennelsen, inntatt i Rt. 1991 s.616. Flertallet avviste her på mange måter, at det var en betingelse for avskjæring at ervervelsen av beviset måtte være straffbar. Så lenge ervervelsen var *lovstridig* kunne det føre til avskjæring av beviset.

Det som imidlertid skiller denne saken fra provokasjonstilfellene, er forbrytelsenes alvorlighet(saken gjaldt et underslag av ca. 70 000 kr). Hensynet til tiltaltes personvern var her mer tungtveiende enn de hensyn som tilsa at beviset skulle føres, herunder hensynet til sakens opplysning. I at forbrytelsen ikke ble antatt å være så alvorlig, ligger nok mye av grunnen til at flertallet, etter en interesseavveining, valgte å avskjære videobeviset på grunn av dets lovstridighet. Eller litt unøyaktig sagt; forbrytelsens karakter av å være mindre alvorlig fremhever andre relevante interesser i større grad. Selv om naturligvis hensynet til tiltaltes personvern alltid vil være et beskyttelsesverdig hensyn.

Hadde det imidlertid vært politiet som hadde overvåket mistenkte, som et ledd i en provokativ etterforskning, kunne utfallet fort ha blitt det motsatte. Forbrytelsens alvorlige

karakter ville da ha veid mer tungtveiende i favør bevisførsel. Spørsmålet måtte uansett ha blitt avgjort etter en konkret vurdering.

Hva som nærmere ligger i “lovstridig” ble ikke klarlagt nærmere. Etter en alminnelig språklig forståelse betyr lovstridig; i strid med lov. Og her kreves det neppe at *det* ervervelsen strider imot må være regulert i formell lov. Trolig vil heller ikke *lex superior* – prinsippet tale mot en slik løsning. Hvilket tilsier at et brudd med riksadvokatens rundskriv nok vil være tilstrekkelig for å erklære lovstridighet.

I praksis vil nok retten likevel kreve mer enn lovstridighet før den avskjærer et provokasjonsbevis. Hensynet til sakens opplysning tilsier det. Det bør i tillegg tas hensyn til om politiets fremgangsmåte kan ha bidratt til å svekke bevisverdien, se Rt. 1999 s.1269(1272). Dette er i tråd med læresetningen om at den forutgående ulovlighet ikke nødvendigvis påvirker bevisets kvalitet eller bevisverdi for påtalemyndigheten.¹⁶ Altså, selv om det skulle hefte feil ved ervervsmåten av beviset, er det ikke sikkert beviset, i seg selv, har blitt ”skadeskutt”. Ett ytterpunkt vil her allikevel være bevis som er fremskaffet gjennom tortur, og hvor feil av formell art, typisk saksbehandlingsregler, vil representere den andre enden av ”skalaen”.

I rettspraksis var bruken av en narkoman medhjelper i Rt. 2000 s.1223, ifølge Høyesterett, tilstrekkelig til å betvile bevisenes troverdighet. Bevisene var således ikke tilstrekkelig pålitelige til å bære en fellende dom. I et slikt tilfelle er det nok ekstra viktig at avskjæring av ett bevis ikke medfører en dominoeffekt, i forhold til de resterende bevis i saken. Det at ett bevis har fått svekket bevisverdi, trenger nødvendigvis ikke å ha påvirket de andre bevisene i saken.

Avskjæring er nok uansett mest aktuelt når, eller hvis, politiet handler i strid med annen lovgivning i sin bevissikring. I tråd med det strafferettslige beviskrav, og at bevisbyrden ligger hos påtalemyndigheten i straffesaker, bør det være påtalemyndigheten som må gå god for at politiet til enhver tid erverver sine bevis i overensstemmelse med gjeldende lover og regler, jfr. Rt. 1984 s.1076(1082).

Begår politiet typiske saksbehandlingsfeil, enten i strid med rundskrivet eller andre instruksjer, vil imidlertid de hensyn som straffeprosesslovkomiteen presiserte, slå til. Den

¹⁶ Andenæs *Straffeprosess I* side 270.

nylig avsagte Høyesterettsdom, HR-2007-00328-A, følger opp dette syn. Selv om spørsmålet i denne saken var hvorvidt saksbehandlingsfeil kunne medføre frifinnelse. Det er likevel antatt at *“eventuelle feil ved innhenting av beviset ikke er til hinder for at beviset føres”*, jfr. Rt. 2006 s.582. I tillegg vil sannsynligheten for at tiltalte har fått en beskyttelsesverdig interesse krenket, når feilen skyldes formelle feil i politiets saksbehandling, være mindre, se likevel punkt 3.4.3 om ”usikre” bevis.

Skulle derimot politiet handle i strid med straffeprosessloven § 118 og således, urettmessig, innhente taushetslagte opplysninger, krenkes imidlertid en tungtveiende og beskyttelsesverdig interesse. Innhenting av taushetsbelagte opplysninger er kanskje ikke så sentralt ved provokasjonstilfellene, men vil allikevel ikke være helt upraktisk. Ved eksempelvis sedelighetsforbrytelser har retten tillatt taushetsbelagte opplysninger ført, se straks nedenfor. Tilsvarende kan tenkes å gjelde når noen er siktet for seksuelle overgrep mot barn. Ved narkotikakriminalitet skal det nok mer til før retten tillater taushetsbelagte bevis, men på grunn av kriminalitetens alvorlighet, kan ikke dette helt utelukkes.

En annen ”verneverdig” interesse er som nevnt, personvern. Sterke personvern hensyn vil nok sjelden gjøre seg gjeldende, i nevneverdig grad, i relasjon til bevisprovokasjon. Tiltaltes personvern må nok i så måte tåle ganske mye, når politiet etterforsker allerede begått kriminalitet. Noe som vil gjelde tilsvarende i forhold til den fortsatte krenkelse, som en slik bevisførsel vil kunne medføre.

Tiltaltes rett til privatliv, jfr. EMK art. 8, må nok som utgangspunkt, også tåle nokså mye i slike avskjæringsspørsmål. Særskilt kan nok provokativ etterforskning, ved spredning av barnepornografi på internett, tenkes å krenke artikkel 8. Ved slik alvorlig kriminalitet, vil nok retten allikevel strekke seg svært langt før den går til det skritt og avskjærer sentrale bevis i saken.

Krenkelsen, av de nevnte interesser, manifesterer seg gjennom å tillate beviset ført, noe som attpåtil vil innebære en fortsettelse av denne krenkelsen. Det å føre beviset vil derfor være utilbørlig. Man trenger altså ikke å påvise lovstridighet ved selve ervervelsen, så lenge bevisførselen krenker andre beskyttelsesverdige interesser.

Det utilbørlige ved anvendelsen vil likevel kunne spores tilbake til det kritikkverdige ved selve ervervlsen¹⁷. Er beviset anskaffet ved eksempelvis tvang eller uriktige løfter, er risikoen stor for at de krenkelser dette har påført tiltalte, fortsettes i den påfølgende rettssak, hvis beviset føres.

Et annet spørsmål er hvilke konsekvenser slike kritikkverdige omstendigheter får for bevisets kvalitet. Er en tilståelse imidlertid fremkommet under tvangspregede forhold, bør nok også beviset avskjæres.

Utgangspunktet var på mange måter motsatt i Rt. 1997 s.1778(1780). Her tillot Høyesterett beviset ført selv om det var ervervet i strid med lovbestemt taushetsplikt. På grunn av forbrytelsens alvorlighet, voldtekt med mishandling, mente Høyesterett at det å unngå at et straffbart forhold forble straffritt, talte mot å vektlegge den krenkelsen tiltalte hadde blitt utsatt for, like stor vekt som ellers. Her kunne hensynet til den krenkede bli bedre ivaretatt gjennom strafferettslige sanksjoner mot den som hadde brutt taushetsplikten.

Også ved provokasjon vil hensynet til forbrytelsens alvorlighet, og den materielle sannhet, veie tungt i forhold til krenkelsen av andre interesser. Et interessant tilfelle fikk vi i Rt. 2000 s.1345, se foran i punkt 2.5.2. De to omstridte telefonsamtalene ble av Høyesterett ikke ansett for å være ulovlig ervervet, til tross for at forsvareren anførte flere interesser som en slik bevisførsel kunne tenkes å krenke. En av anførselene var at politiet hadde en plikt til å presentere seg som politi ovenfor innringerne. Til dette sa bl.a. førstvoterende at ” *det er...akseptert at politiet innenfor visse grenser kan opptre fordekt...under etterforskning av alvorlig narkotikakriminalitet*”. Førstvoterende tillegger forbrytelsens alvorlighet stor vekt og nedtoner samtidig betydningen av at politiet, mer eller mindre passivt, ga ”uriktige opplysninger” vedrørende sin identitet, sml. strpl. § 92 annet ledd.

I forhold til at politiet ikke slo av tiltaltes telefon, trekker førstvoterende bl.a. analogier fra straffeprosessloven § 204 annet ledd, første punktum— personer som er under mistanke for et straffbart forhold, har ikke lenger den samme beskyttelsesverdige interesse i konfidensialitet, som andre.

¹⁷ Aall, *Festskrift* til Carsten Smith side 963.

Høyesteretts avgjørelse, å tillate bevisene, var i begge tilfeller et resultat av en konkret interesseavveining. Og bekrefter det allerede nevnte; er forbrytelsen alvorlig nok vil dette være et tungtveiende hensyn i favør av bevisførsel.

Et annet spørsmål er om det å føre beviset vil være *illojalt* eller *støtende* ovenfor den annen part, jfr. omsorgssaken fra 1997. Vilkårene er som nevnt hentet fra en barnerettslig omsorgssak og kan ikke uten videre ses å ha relevans i forhold til provokasjonssaker. Det vil aldri være illojalt eller støtende ovenfor tiltalte, å føre et bevis mot ham, når beviset eksempelvis er for besittelse av narkotika. Det kunne kanskje tenkes tilfeller, hvor det å føre beviset, vil være illojalt ovenfor en medhjelper politiet har benyttet i provokasjonsaksjonen. En medhjelper som eksempelvis har nær tilknytning til narkotikamiljøet. Medhjelperens interesse i påtaleunnlatelse eller lignende, kan uansett ikke begrunnes i lojalitetsbetraktninger, og slike løfter har politiet heller ikke adgang til å gi.

Som en oppsummering taler gode grunner for å si at det foreligger en relativ vid adgang til å føre bevis ved provokasjonssaker. Mest fordi de forbrytelser, som provokasjon er ment å oppklare, er av alvorlig art og fordi det materielle sannhetsprinsipp vil veie ekstra tungt i slike tilfeller. Her må det nødvendigvis være en sammenheng med beviskravet i strafferetten, noe som tilsier en videre bevisføningsadgang som igjen vil gi retten et bedre grunnlag for å fatte materielt, riktige avgjørelser.

Kommer retten imidlertid til at bevis bør avskjæres, må dette begrunnes i en tungtveiende og beskyttelsesverdig interesse tiltalte måtte ha, samtidig som bevisets kvalitet må ha blitt forringet ved ervervelsen. At avskjæringsgrunnlaget er regulert i lov gir ikke nødvendigvis retten noen avskjæringsplikt. Feil ved selve innhentingene vil som regel ikke være nok.

Rettspraksis de siste 15 år kan tyde på en skjerping fra Høyesteretts side, hva avskjæring av kritikkverdige bevis angår. Her må det riktignok anføres at kun én av disse sakene(Rt. 1999 s.1269) var av det alvorlige slaget, hvor attpåtil tiltaltes rettigheter etter EMK ble satt på prøve. Den andre(Gatekjøkkenkjennelsen) gjaldt som nevnt en mindre alvorlig forbrytelse, og hvor den tredje var en sivilrettslig omsorgssak.

Rt. 2000 s.1223, som var en slags bevisavskjæring, kommer imidlertid i en slags mellomstilling. At Høyesterett her på mange måter fratok påtalemyndigheten muligheten til

å føre andre bevis i saken, kan tale for en innstramning i bevisføringsadgangen, se neste punkt.

3.4.3 Avskjæring på annet grunnlag

Det har vært antydnet i juridisk teori¹⁸ at på grunn av feil og mangler ved etterforskningen, kan det råde såpass usikkerhet ved bevisene at retten må vurdere bevisavskjæring på et sådant grunnlag.

Rt. 2000 s.1223 kan nemlig ses slik, at det Høyesterett i realiteten gjorde, var å avskjære de bevis som påtalemyndigheten fremla. Førstvoterende fokuserte bl.a. på den lojalitetsfølelse og den avhengighet medhjelperen kunne komme til å få til politiet i en sådan situasjon. Han påpekte videre den vanskelige bevissituasjon som kan utspille seg, når det skal bevises om tiltalte kom med initiativet til ervervelse av narkotikaen eller ikke. Sådanne bevis representerer gjerne en situasjon hvor tiltaltes ord står mot politiets, noe som kan svekke bevisets kvalitet og verdi. Poenget var her at det hvilte usikkerhet ved bevisene i saken.

Det tradisjonelle syn har imidlertid vært at retten ikke skal bruke bevisavskjæring for å motvirke uheldige metoder hos politiet. En slik fremgangsmåte vil likeledes “blokkere” påtalemyndighetens mulighet til å føre andre bevis som det ikke kan knyttes slik usikkerhet til.

Hva som må anses som et usikkert bevis vil nok variere. Usikkerhet kan bety hvor lite troverdig beviset fremstår, eller hvor ”presist” det må kunne sies å være. Som et utgangspunkt, kan ikke retten leve med et bevis den finner lite troverdig. Og jo viktigere beviset anses å være for saken, desto strengere vil nok kravet til bevisets troverdighet,

¹⁸ Andorsen reiser problemstillingen i sin artikkel, Jussens Venner 2001 side 1(24).

være. I 2000 – saken rettet usikkerheten seg mot et direkte, avgjørende moment i saken; provokasjonens lovligheit. Hvorvidt dette fikk en ”smitteeffekt” på bevisenes troverdighet, og kvalitet for øvrig, kan det imidlertid ikke sies noe sikkert om. Men resultatet ble like fullt det samme, nemlig at bevisene ble for ”usikre” å regne.

Avgjørelsen har blitt kritisert for å være ”*en prevensjonsfundert, pønal reaksjon mot politi og påtalemyndighet*”.¹⁹ I så fall ville det stride mot det tradisjonelle syn, se ovenfor. Det er likevel ting som tyder på at Høyesterett inntar en slik holdning. Bruken av medhjelper C var ikke i tråd med retningslinjene, og således en feil av politiet. Denne feilen ble kanskje vektlagt mer enn hva det tradisjonelle syn og forarbeidene har lagt opp til. Følgen ble at bevisene nærmest ble ansett for å være en ”nullitet”. Bevisene ble reelt sett fratatt sitt materielle innhold og sin materielle verdi som bevis, og ikke ansett som tilstrekkelig troverdig til å bære en felle dom.

At resultatet, frifinnelse, i realiteten fungerte som en bevisavskjæring, førte samtidig med seg at ”bevisavskjæringen” ikke ble gjenstand for en interesseavveining, på grunn av frifinnelsesgrunnlagets absolutte virkning på adgangen til å føre bevis. Dette kan være uheldig for eventuelle andre bevis i saken, som det ikke hefter slik usikkerhet ved.

Et ”alternativt” avskjæringsgrunnlag for retten i et slikt tilfelle, kunne straffeprosessloven § 292 annet ledd a ha vært. Retten kan her avskjære bevis som er uten betydning for dommens innhold. Her siktes det til bevisavskjæring på grunn av kvalitative mangler. Og anses bevisene for å være usikre og lite troverdige, vil de miste sin kvalitative relevans for dommens innhold, tilsvarende.

Videre kan det spørres om den betydelige usikkerheten ved beviset også kan tilsi at det er uten beviskraft, jfr. annet ledd bokstav c. På den ene side vil sentrale bevis for påtalemyndigheten sjelden, eller aldri, være et ”betydningsløst bevistilbud.” Likevel kan bevisets manglende troverdighet kunne frata bevisets reelle vekt som et avgjørende bevis, ja som bevis overhodet, og slik sett gjøre beviset betydningsløst.

Endelig kan det spørres om retten kan *avvise* saken på grunn av usikkerhet ved bevisene, jfr. strpl. § 272 bokstav a. Avvisning av saken kan eventuelt behandles sammen med avskjæringsspørsmålet, jfr. § 272 bokstav a og c sett sammen, men hvor avvisning blir

¹⁹ Andorsen , JV side 23.

den rettslige følgen av at bevisene ikke finnes troverdige av retten. Velger retten å ta saken til realitetsbehandling, og kommer til at påtalemyndighetens bevis må ”avskjæres” på et “usikkerhetsgrunnlag”, vil retten måtte frifinne uansett, jfr. Rt. 2000 s.1223.

3.5 Selvinkrimineringsforbudet – særskilt avskjæringsgrunnlag

3.5.1 Innledning

Under dette punkt vil fokuset rettes mot den særskilte situasjon, hvor politiet kan komme til å handle i strid med selvinkrimineringsforbudet i sin bevisprovokasjon, dvs. siktedes eller mistenktes rett til å forholde seg taus i et politiavhør, jfr. strpl. §§ 92 og 232. Forbudet er samtidig innfortolket i EMK art. 6 nr.1. Siktedes rettigheter etter EMK og SP gjelder som norsk rett etter menneskerettighetsloven fra 1999, hvor straffeprosessloven § 4 gjelder tilsvarende.

3.5.2 Forbudet mot selvinkriminering etter straffeprosessloven

I å inkriminere seg selv ligger at den som er mistenkt eller siktet for en straffbar handling bidrar til egen domfellelse. Dette er ikke ønskelig etter norsk strafferettspleie og det eksisterer således et forbud mot at siktede skal kunne bidra til egen domfellelse. Forbudet kommer blant annet til uttrykk i straffeprosessloven § 232, sammenholdt med påtaleinstruksen § 8-1. Disse bestemmelsene omhandler hvordan politiet skal foreta avhør av mistenkte og hvor det sentrale er at siktede har rett til å ikke forklare seg for politiet. Mistenkte har riktignok ikke rett til å forholde seg taus under hovedforhandlingen, se strpl. § 90 og nedenfor.

Retten til å ikke bidra til egen domfellelse suppleres for siktedes del av straffeprosessloven § 92, hvor § 92 annet ledd gjelder tilsvarende for § 232. § 92 annet ledd inneholder forbud mot at løfter, uriktige opplysninger, trusler eller tvang benyttes under avhøret. Annet ledd annet og tredje punktum utdyper videre krav til at avhørene ikke må trette ut siktede eller mistenkte, hans evne til å opprettholde fri selvbestemmelse eller bevissthet for øvrig. Slike supplerende krav bidrar til å styrke vernet mot selvinkriminering gjennom å verne siktede mot å bli betydelig psykisk eller fysisk svekket under avhøret. Hensynet til å få materielt riktige forklaringer gjelder tilsvarende.

Straffeprossloven § 93 annet ledd, kunne imidlertid tenkes å innskrenke siktedes rettigheter til å forholde seg taus. En viss tilbakeholdenhet bør nok retten her utvise hvis den velger å bemerke de negative sider ved forklaringsnekt, da forklaringsnekt nettopp er den rettighet siktede har i behold etter § 90. Uskyldspresumsjonen i EMK peker i samme retning, da det påligger påtalemyndigheten å skaffe tilveie bevis som kan bære en domfellelse.

Skulle et avhør bli foretatt i strid med noen av disse bestemmelsene, må retten se bort ifra forklaringen er den gitt før hovedforhandling. En eventuelt fellende dom som bygger på en slik forklaring må oppheves. Endelig kan bevisavskjæring bli et utfall, slik som i Rt. 1999 s.1269.

3.5.3 EMK art. 6 nr.1 og SP art. 14 nr.3 bokstav g

Selve forbudet mot selvinkriminering er ikke eksplisitt regulert i EMK art. 6 nr.1. Praksis ved EMD har likevel innfortolket forbudet i art. 6 nr.1, som en del av retten til en rettferdig rettergang. Prinsippet er på den annen side regulert i FN – konvensjonen om sosiale og politiske rettigheter, SP, artikkel 14 nr.3 bokstav g. Norsk rett må oppfylle den av konvensjonsbestemmelsene som gir mest omfattende vern, se EMK art. 53 og SP art. 5 nr.2. Selv om SP art. 14 nr.3 g tilsynelatende rekker lengst, har EMD, gjennom rettspraksis, utviklet et betydelig vern mot ufrivillig selvinkriminering.

Artikkel 14 nr.3 g, sier at enhver har rett til å ikke bli tvunget til å vitne mot seg selv eller til å erkjenne seg skyldig. Hvilket kan medføre visse begrensninger i føringen av bevis, ervervet under omstendigheter som nevnt i strpl. § 92 annet ledd. Likevel taler artikkel 14 nr.3 g, kun om forbud mot tvang til å vitne mot seg selv, og til å erkjenne seg skyldig. Dette tilsier at det bare er siktede som er vernet av bestemmelsen. Bestemmelsen vil derfor gjelde i saker hvor det er siktede selv som er straffeforfulgt.

Ordlyden tar i all hovedsak sikte på forklaringer avgitt av siktede, jfr. det "*å vitne mot seg selv*". Bevistyper som dokumentbevis og tingelige bevis faller derfor utenfor ordlyden. Artikkel 14 nr.3 g, representerer følgelig ikke noe generelt vern mot selvinkriminering. Utover tilståelser og forklaringer vil nok bestemmelsen også ramme uttalelser som kan være med på å svekke siktedes stilling i straffesaken.

Virkningen av brudd på artikkel 14 nr.3 g, taler bestemmelsen ingenting om. Foreligger imidlertid omstendigheter som nevnt i strpl. § 92 annet ledd, vil dette ha virket inn på forklaringen og kan ha virket inn på bevisets verdi. Retten bør således ikke domfelle tiltalte basert på forklaringer fremkommet under trusler og tvang. Menneskerettskomiteen i FN tolker bestemmelsen slik og har anmodet medlemsstatene til å innta et tilsvarende forbud i nasjonal lovgivning.²⁰

Selve tvangselementet i EMK art. 6 nr.1s forstand er nok ikke vesensforskjellig fra det SP art. 14 nr.3 g legger opp til. EMD må likevel anses for å ha utviklet selvstendige retningslinjer for hvem som er beskyttet av vernet mot selvinkriminering, og i hvilke

²⁰ FNs menneskerettskomité's generelle kommentarer til SP art. 14, Gen. Com. 13/21.

situasjoner vernet kommer til anvendelse. Vernet mot ufrivillig selvinkriminering gjelder kun hvor det beror på den anklagedes vilje om bevis skal tilflyte påtalemyndigheten.²¹ Her siktes det til forklaringer, eller uttalelser, som siktede enten har avgitt under tvang, eller har blitt forledet til å gi. Altså, taler gode grunner for å hevde at bevis som sikres mot mistenkte, i tilfeller hvor mistenkte har blitt forledet til å begå handlingen, at også slike bevis rammes av vernet mot selvinkriminering. Vernet etter både artikkel 14 nr.3 g og artikkel 6 nr.1 anses for øvrig å ikke rekke lenger enn straffeprosesslovens regler om selvinkriminering, jfr. Rt. 2003 s.1814(premiss nr.20).

3.5.4 Rekkevidden av Rt. 1999 s.1269

Avgjørelsen i Rt. 1999 s.1269 representerer på den ene side et viktig prejudikat i forhold til avskjæring av bevis ervervet gjennom provokasjonslignende etterforskningstiltak, og på den annen side; forbudet mot selvinkriminering som et særskilt avskjæringsgrunnlag. Dommen er i tillegg et godt eksempel på en Høyesterettsavgjørelse hvor retten kommer til at en beskyttelsesverdig interesse, i favør siktede, veier tyngre enn hensynet til fri bevisføring og den materielle sannhet.

I utgangspunktet må avskjæring av bevis, ervervet ved politiprovokasjon, skje etter et verdivalg. Hvor hensynet til den materielle sannhet tilsier at alle bevis kan føres. Et slikt utgangspunkt kan imidlertid modifieres av andre beskyttelsesverdige interesser. Noe som tilsier at slike verdivalg ikke er tatt en gang for alle. Slike valg vil kunne skifte ut i fra en avveining av de hensyn som til enhver tid gjør seg gjeldende.

Selve selvinkrimineringsforbudet har undergått en utvikling de siste århundrer. Fra først å gjelde et vern mot tortur, så et vern mot å angi seg selv og således slippe å bidra til egen domfellelse ved å være vitne i egen sak, til at retten ikke kan trekke noen slutninger fra

²¹ Jebens, *Menneskerettigheter i Straffeprosessen* side 412.

tiltaltes taushet ved bevisvurderingen. Det sistnevnte har en side mot uskyldspresumsjonen, jfr. EMK art. 6 nr.2, og kravet om at påtalemyndigheten må skaffe tilveie selvstendige bevis for tiltaltes skyld, skal han domfelles.

Ullersmosaken må også kunne sies å være et resultat av et verdivalg. Og vil således representere en konkret interesseavveining. Dommen må naturligvis tillegges betydelig vekt, da den er avsagt av et enstemmig Høyesterett. Det vil derfor være interessant å se hen til rekkevidden av dommen og hva den eventuelt *ikke* avgjør.

Kjernen i selvinkrimineringsforbudet er at siktede, i en avhørslignende situasjon, ikke kan tvinges til å forklare seg og på den måten bidra til egen domfellelse. Hvilket stiller visse krav til politiet og dets etterforskningsmetoder. Politiet kan følgelig ikke utsette siktede for press eller trusler til å avgi forklaring. Likevel må det spørres om hvor langt forbudet rekker.

Selvinkrimineringsforbudet er ment å være en rettighet siktede eller mistenkte har i et politiavhør. Grensene for hva som er et avhør var oppe i Rt. 2003 s.1814. Høyesterett foretok ikke her noen klar grensedragning, men antydte at *hvor* avhøret fant sted ikke nødvendigvis var avgjørende. Høyesterett vektla derimot hva som rent faktisk var et avhør og mente at hvilket stadium i etterforskningen politiet var på, kunne være en god indikator i forhold til når mistenkte er beskyttet av § 232. Er politiets hensikt, bak å ta kontakt, å avhøre noen som mistenkt, er denne personen umiddelbart vernet av retten til å forholde seg taus, jfr. § 232.

I Rt. 2003 s.1814 var hensikten bak kontakten kun å stille noen kontrollerende spørsmål, selv om politiet nok tok kontakt på bakgrunn av en ”viss” mistanke. Noe som for øvrig skiller saken fra 1999 – avgjørelsen, hvor verksbetjenten hadde vært under etterforskning forut for bevisprovokasjonen.

Det mest sentrale i selvinkrimineringsforbudet er nok likevel selve tvangselementet. Forbudet sikter således til en situasjon hvor siktede ufrivillig avgir inkriminerende opplysninger. Slik at det å frivillig møte opp på politistasjonen for å forklare seg, vernes nok ikke av forbudet. Straffeprosessloven § 92 annet ledd har eksplisitt ramset opp tilfeller hvor slik tvang kan utøves. Bestemmelsen viser at det ikke bare siktes til tvang i en mer

tradisjonell betydning av ordet. For øvrig kan selve avhørssituasjonen i seg selv kunne fremstå som en form for tvang.

Loven likestiller også med tvang, tilfeller hvor politiet gir siktede løfter eller uriktige opplysninger. Med løfter siktes det nok her til tilfeller hvor politiet skaper et fortrolighetsforhold til siktede, for å få ham mer på ”glid”.

Hva loven mener med ”uriktige opplysninger” er interessant. I Rt. 2000 s.1345 vedkjente ikke etterforskeren at han jobbet for politiet. Etterforskeren forholdt seg riktignok relativt passivt, men ga klart uriktige opplysninger da han eksempelvis utga seg for å være en kamerat av siktede. Retten tillå imidlertid ikke dette nevneverdig vekt. Man kunne også hevde at politiet ga uriktige opplysninger i Ullersmosaken, i form av å operere fordekt og med falsk identitet.

Det er likevel klare forskjeller mellom de to avgjørelser, hvorav i Ullersmosaken var samtalen tatt på initiativ fra politiet og var direkte rettet mot mistenkte, mens i den andre var det innringerne som tok initiativet til samtalen. Førstvoterende uttalte riktignok i Rt. 2000 s.1345 at politiet må utvises en viss frihet til å opptre fordekt under etterforskning av alvorlig narkotika kriminalitet..

Hvorvidt verksbetjenten ble utsatt for en tvangssituasjon i tradisjonell betydning, er en annen sak. Det fremkommer ingen opplysninger fra dommen som tilsier at polititjenestemannen truet, eller utsatte verksbetjenten for noe som lignet på en tvangssituasjon, i forhold til å uttale seg. Mistenkte snakket således frivillig om sin rolle ved flukten. Realiteten var heller den at polititjenestemannen tok og førte verksbetjenten bak lyset, om hvem han snakket med, og ga på denne måten ”uriktige opplysninger” til mistenkte. Dette dannet så grunnlaget for de omstendigheter som de inkriminerende opplysningene kom frem i. Hvilket også Høyesterett nok anså for å være klanderverdig og, i realiteten, representere en ”tvangssituasjon”, jfr. strpl. § 92 annet ledd. Sett i et sådant lys, er avgjørelsen forskjellig fra Rt. 2000 s.1345.

Hvorvidt samtalen mellom polititjenestemannen og verksbetjenten må anses som en avhørssituasjon, er videre interessant. Straffeprosessloven § 232 rekker nok ikke lenger enn avhørssituasjonen. Derfor vil nok politiet, på lik linje med andre, ha anledning til å stille inkriminerende spørsmål utenfor et avhør.

Polititjenestemannens utspørring av verksbetjenten må likevel sies å omfattes av § 232. Verksbetjenten hadde attpåtil vært under politiets mistanke over et betydelig tidsrom. I dette ligger nok det reelle brudd med selvinkrimineringsforbudet i saken. Skulle politiet her ha gått klar av § 232, måtte polititjenestemannen ha gjort verksbetjenten oppmerksom på hans rett til å forholde seg taus, og de facto avslørt hele politiets fordekte provokasjonsaksjon.

Resultatet ble som kjent bevisavskjæring. Førstvoterende uttalte bl.a. at påtalemyndigheten hadde fått tilgang til bevis, gjennom ikke å ha i *”tilstrekkelig grad...respektet den rett mistenkte i en straffesak har til å forholde seg taus”*. En slik rettighet er en grunnleggende rett etter norsk straffeprosess, fortsatte førstvoterende, og det vil representere *”en gjentakelse av den krenkelse som ble begått ved ervervet av beviset”*, hvis beviset tillates ført(side 1272 – 1273).

Med denne uttalelsen ønsket nok Høyesterett å understreke at politiet må respektere grunnleggende straffeprosessuelle rettigheter, som mistenkte har, etter norsk straffeprosess. Dette er også i tråd med de prosessuelle krav riksadvokaten stiller til etterforskningen, se foran i punkt 2.2.4.

På mange måter stod to vektige hensyn mot hverandre i dommen, hvor det ene hensynet ivaretok mistenktes rett til å ikke forklare seg, og hvor det andre fremmet politiets interesse i å oppklare straffbare handlinger. Oppklaringshensynet, samt hensynet til den materielle sannhet, ble imidlertid tillagt mindre vekt i denne saken enn retten til å forbli taus.

Høyesterett foretok således et verdivalg. Og i denne vurderingen la nok Høyesterett vekt på den aktive rollen polititjenestemannen hadde hatt i forhold til mistenkte, sml. Rt. 2000 s.1345. Man kunne derfor tenke seg at retten ville komme til et annet resultat, hvis verksbetjenten hadde kommet med de inkriminerende opplysningene, uoppfordret. Det forhold at det heller ikke forelå en utpreget tvangssituasjon i saken, kunne tale i samme retning.

Et hensyn som riktignok taler mot at Rt. 2000 s.1345 skal få for meget relevans, er at saken omhandlet salg av heroin. Rt 1994 s.1262 gjelder tilsvarende. Her ble ikke avtakeren av stoffet gjort oppmerksom på sine rett til å ikke forklare seg, men beviset ble likevel

tillatt ført. Hensynet til den materielle sannhet veier nok ekstra tungt i narkotikasaker. Hensynet til den materielle sannhet vil imidlertid alltid veie tungt.

EMD har sett hen til om det omtvistede bevis representerer ”a significant part” av påtalemyndighetens bevisoppgave.²² Foreligger det andre bevis i saken, er det ikke sikkert at det å føre det omtvistede bevis, vil innebære et brudd med retten til ”a fair hearing” likevel, se neste punkt. I Rt. 1999 s.1269 fokuserte imidlertid Høyesterett på om det omtvistede beviset kunne ha virket inn på dommen, i stedet for å se til om det var andre bevis i saken som var av betydning. Slike ”andre” bevis forelå nemlig i Ullersmosaken.

Høyesterett satte i alle høve en viktig standard med hensyn til når politiet, ved bevisprovokasjon, kan komme i strid med forbudet mot selvinkriminering, og således med grunnleggende straffeprosessuelle prinsipper. Avgjørelsen vil derfor veie tungt i slike saker.

Likevel innebærer nok ikke dommen noe generelt bevisforbud, som automatisk fører til bevisavskjæring. Politiet har som nevnt, av Høyesterett, blitt utvist en viss frihet til å opptre fordekt ved alvorlig kriminalitet. Dette sammenholdt med at retten må foreta konkrete interesseavveininger fra sak til sak. Vernet mot selvinkriminering vil, med støtte i dommen, imidlertid alltid veie tungt i interesseavveininger, hvor et bevis kan ha blitt ervervet i strid med dette vernet.

En annen sak er at beviset ble avskåret på grunn av dets strid med selvinkrimineringsforbudet, og ikke på grunn av annen ulovlighet, som eksempelvis ulovlighet ved etterforskningen. En slik bevisavskjæring vil således representere ett av flere mulige rettsgrunnlag, eller rettigheter, som politiets bevissikring kan stride imot.

²² Eksempelvis Saunders v.The United Kingdom, Application no.19187/91, Judgment of 17th December 1996 paragraph 72.

3.5.5 Praksis fra andre land

Skulle spørsmålet om avskjæring av provokasjonsbevis, på grunn av strid med selvinkrimineringsforbudet, igjen komme opp for Høyesterett kan det være interessant å se hen til praksis fra andre land, og da særlig praksis ved EMD.

Amerikansk rett vektlegger hvorvidt siktede er *frihetsberøvet* i det avhøret finner sted, når det tas standpunkt til om siktede er beskyttet av selvinkrimineringsforbudet. I Rt. 1999 s.1269 var ikke verksbetjenten på noen måte frihetsberøvet, men forledet, slik at den bevisprovokasjon politiet foretok ville ikke ha kommet i strid med selvinkrimineringsforbudet etter amerikansk rett. 1999 – avgjørelsen ville nok allikevel ha kommet i strid med prinsippet om ”the right to Counsel” etter amerikansk rett, som sier at siktede har rett til å la seg bistå av advokat ved innledet forfølgning mot ham.

I England går man lenger i det å tillate bevis ført under omstendigheter som i Ullersmosaken. I en sak fra Court of Appeal i 1990²³, opererte politiet med en agent som løy til mistenkte om hva han hadde fortalt politiet, og skapte således en falsk trygghet vis a vis mistenkte. Under samtalen mellom mistenkte og agenten, kom det frem inkriminerende opplysninger. Mistenkte ble riktignok ikke avhørt direkte eller pågrepet av politiet, før denne samtalen. Politiets hensikt i saken var å omgå reglene om å informere mistenkte om sin rett til å forholde seg taus ovenfor politiet. Beviset, eller samtalen, ble likevel tillatt ført av Court of Appeal. Begrunnelsen var at beviset var innhentet på et tidspunkt hvor ingen pågripelse eller avhør var blitt foretatt av mistenkte. Hvilket har en viss parallell til Rt. 2003 s.1814. Likevel minnet forholdet i denne saken mye mer om et avhør, samtidig som aksjonen var initiert av politiet.

En avgjørelse²⁴ fra tysk rett er også interessant. En privatperson stilte på vegne av politiet inkriminerende spørsmål. Retten sa at hvorvidt beviset skulle avskjæres måtte bero på en helhetsvurdering, samtidig som den understreket at selvinkrimineringsforbudet primært gjaldt for avhørssituasjoner. Videre sa retten at personer som avslører kriminelle forhold til tredjemenn, måtte finne seg i å leve med risikoen for at slike opplysninger kan

²³ *Jelen*, (1990) 90 Cr App R 456.

²⁴ BGH 42, 139.

bringes videre til myndighetene. Beviset ble derfor tillatt ført, og dette til tross for den tette forbindelsen som forelå mellom privatpersonen og politiet.

En sentral avgjørelse fra EMD er *Khan v. The United Kingdom*²⁵, hvor spørsmålet var om bruk av lydopptak, innhentet i strid med EMK artikkel 8, medførte en krenkelse av artikkel 6(1). I avgjørelsen uttales bl.a. at det sentrale er om "*the proceedings as a whole were fair*" og om klageren hadde fått mulighet "*to challenge both the authenticity and the use of the recording*". Avgjørelsen inneholder med det prinsipielle og generelle uttalelser i forhold til bevisets kvalitet, og den konkrete bruken av beviset. Hvor det sentrale var hvorvidt klageren hadde fått anledning til å imøtegå bruken og kvaliteten av beviset. Imidlertid var det ikke nødvendigvis et brudd med prinsippet om en "fair hearing", så lenge ulovligheten ikke hadde påvirket bevisets kvalitet.

Khan har for øvrig vært veiledende for andre avgjørelser avsagt i EMD, jfr. eksempelvis *Allan v. The United Kingdom*²⁶, samt også blitt referert til i norsk rettspraksis, jfr. Rt. 2003 s.1814. I *Allan* presiserte Domstolen at forbudet primært tok sikte på å beskytte klageren mot å bli utsatt for tvang til å gi forklaring, og at klageren hadde en "valgrett" i forhold til å forklare seg under avhøret. Noe som ville bli undergravet hvis det ble foretatt visse knep med den hensikt å "melke" siktede for inkriminerende opplysninger.

Domstolen tok her sikte på situasjoner hvor siktede hadde valgt å forbli taus i utgangspunktet. Ble ikke denne rettigheten respektert, kunne dette medføre brudd med artikkel 6, sett i lys av alle omstendighetene i saken. I *Allan* var siktede imidlertid frihetsberøvet, samtidig som den omtvistede forklaringen representerte det avgjørende bevis i saken.

Engelsk og tysk rett går lenger i å tillate bevis(som risikerer å bli avskåret) ført, sammenlignet med i Norge. Praksis fra disse landene vil likevel være relevant å trekke inn i en interesseavveining, da disse landene har betydelig mer erfaring med selvinkrimineringsinstituttet, enn hva vi har. I tillegg vil det, ved en fremtidig vurdering, være naturlig å se hen til grunnverdiene i norsk straffeprosess. Noe for øvrig Høyesterett gjorde i Rt. 1999 s.1269.

²⁵ Application no. 35394/97, Judgment of 12th May 2000.

²⁶ Application no. 48539/99, Judgment of 5th November 2002.

3.5.6 Noen eksempler fra norsk rett

Det forhold at politiet opererer fordekt, under avhør av mistenkte eller siktede, har også vært oppe i rettssystemet etter 1999. Problemstillingen har for eksempel vært oppe i forbindelse med den såkalte ”Munch – saken”, som har versert for domstolene nå på det seneste. Her krevde forsvareren beviset avskåret fordi det var ervervet i strid med mistenktes rett til å ikke forklare seg.²⁷ Han uttalte videre at politiet kun kan opptre fordekt med den hensikt å avsløre planlagte forbrytelser, og kan følgelig ikke foreta avhør av mistenkte uten å vedkjenne sin rette identitet. En så bastant holdning til et bevisavskjæringsspørsmål, vil nok neppe domstolene innta.

Et annet eksempel er den aksjonen, som politiet foretok sammen med svensk politi, ved å bruke en svensk politiagent til å avsløre en mistenkt i sprengningen av MC – klubben Bandidos i Drammen. Først i 2001 fikk politiet et gjennombrudd i saken. Agenten ga uttrykk for å være president i Hells Angeles Stockholm, og villedet således mistenkte til å avgi inkriminerende opplysninger. Situasjonen minnet litt om forholdet i 1999 – avgjørelsen. Da saken kom opp for Drammen tingrett²⁸, vektla imidlertid ikke retten etterforskningens provokative sider.

²⁷ Jeg viser til Aftenpostens artikkel av torsdag 22. februar 2007, side 8, og advokat John Chr. Eldens uttalelser.

²⁸ Drammen tingrett, 10. juni 2002, saksnr. 557/2002 M.

3.6 Avsluttende bemerkninger

Utgangspunktet for retten i avskjæringsspørsmål, om det være seg provokasjon og selvinkriminering, eller andre avskjæringsgrunnlag, vil være det samme i dag; retten må like fullt foreta en interesseavveining.

Kriminalitetsbildet, og da spesielt narkotikakriminalitet, er et stadig økende problem, sammenholdt med annen organisert kriminalitet. Noe som gir politiet stadig vanskeligere utfordringer i sin kriminalitetsbekjempelse.

Dette kan komme til å påvirke bevisførselen for domstolene i slike saker, i form av å i økende grad tillate flere bevis, hvis troverdighet eller verdi, kan ha blitt forringet. Altså, at det stilles strengere krav til det klanderverdige ved politiets atferd, eller til svekkelsen av bevisets verdi, før retten anser det tilstrekkelig til å innskrenke prinsippet om den materielle sannhet, i form av bevisavskjæring.

Den tendens Høyesterett nok utviste utover 1990 – tallet, med å senke terskelen for avskjæring av bevis, kan derfor være i ferd med å snu. Et slikt syn er også i tråd med internasjonal rett på området. Og sammenholdt med praksis fra EMD, bør nok retten i fremtidige saker, spørre etter, ved spørsmål om avskjæring av provokasjonsbevis, hvorvidt bevisprovokasjonen etter en bred totalvurdering må anses som ”unfair”. Herunder om det er andre bevis i saken som kan bære en fallende dom, og endelig, om selve politiaksjonen kan ha bidratt til å svekke bevisets verdi.

4 Litteraturliste

<http://www.uio.no/studier/emner/jus/jus/VALSPE10/>

Juridisk Litteratur:

Andenæs, Johs. *Straffeprosess I*. Oslo, 2000

Andersen, Kjell *Provokativ politietterforskning*. I: JV. 2001, s. 1-27

Asp, Petter. *Straffansvar vid brottsprovokation*. Uppsala 2001

Dorenfeldt, L.J. *Kan ekstraordinære etterforskningsmetoder aksepteres i visse saker?* I: LoR 1978, s. 291-203.

Eckhoff, Torstein. *Rettskildelære*. 5. utgave ved Jan Helgesen. Oslo, 2001

Gammeltoft – Hansen, Hans *Agent controlleur*. I: TfR 1984, s. 89-131

Hov, Jo. *Rettergang I, Sivil- og straffeprosess*. Oslo, 1999

Hopsnes, Roald *Provokasjon som politimetode*. I: JV 2003, 63-128

Jebens, Sverre Erik. *Menneskerettigheter i straffeprosessen*. Oslo, 2004

Strandbakken, Asbjørn. *Uskyldspresumsjonen – in dubio pro reo*. Bergen, 2003.

Aall, Jørgen *Høyesterett som prosessrettsskaper særlig på området for utilbørlige bevis*. I: Festskrift til dr. juris Carsten Smith, Oslo, 2002, s. 957 flg.

Forarbeider:

Innstilling 1969 om rettergangsmåten i straffesaker fra Straffeprosesslovkomiteen, juni 1969

Ot. prp. nr. 35 (1978-79) Om lov om rettergangsmåten i straffesaker

NOU 1997:15 Etterforskningsmetoder for bekjempelse av kriminalitet. Delinnstilling II

Ot. prp. nr. 64 (1998-99) Om lov om endringer i straffeprosessloven og straffeloven mv(etterforskningsmetoder mv)

Riksadvokaten, *Vederlag til politiets kilder og provokasjon som etterforskningsmetode*, rundskriv nr. 2 2000

NOU 2004: 6 Mellom effektivitet og personvern, politimetoder i forebyggende øyemed

Norsk Rettspraksis:

Rt. 1984.1076

Rt. 1991.616

Rt. 1992.1088

Rt. 1993.473

Rt. 1994.1262

Rt. 1997.765

Rt. 1997.1778

Rt. 1998.407

Rt. 1999.1269

Rt. 2000.1223

Rt. 2000.1345

Rt. 2000.1482

Rt. 2003.1814

Rt. 2005.1353

Rt. 2006.582

HR-2007-00328-A

Drammen tingrett, 10. juni 2002, saksnr. 557/2002 M

Internasjonal Praksis:

Jelen, (1990) 90 Cr App R 456.

BGH 42, 139.

Saunders v. The United Kingdom, Application no. 19187/91, Judgment of 17th December 1996

Khan v. The United Kingdom, Application no. 35394/97, Judgment of 12th May 2000

Allan v. The United Kingdom, Application no. 48539/99, Judgment of 5th November 2002

5 Lister over tabeller og figurer m v

<http://www.uio.no/studier/emner/jus/jus/VALSPE10/>